

## **TESIS DOCTORAL**

*La pena de prisión en busca de sentido. El fin de la pena privativa de libertad en los albores del siglo XXI*

**Doctorado en Derecho Penal. Programa: Problemas Actuales del Derecho Penal, Dogmática Penal y Político Criminal.**

**Facultad de Derecho. Universidad de Salamanca. España.**

**Directora: Profesora Doctora D<sup>a</sup> Laura Zúñiga Rodríguez.**

**Autora: María Cecilia Toro**

**Año: 2013**

*A mi Papá, Don Marcos Toro, a mi hermana María Eugenia. Donde el infinito no tiene tiempo, allí nos reencontraremos.*

*A mi mamá, Doña Anulfa Aldunate. Sostén inquebrantable de mi vida y de mis sueños.*

## ***Agradecimientos***

“Caminante se hace camino al andar” dijo sabiamente el poeta Antonio Machado. Hoy resulta absolutamente maravilloso observar por la ventana en esta tarde fría de primavera salmantina, mientras llovizna persistentemente y casi como en una representación mágica, la estrecha callecita que de alguna manera hoy simboliza ese camino que empecé a caminar hace tiempo atrás.

No ha sido fácil, ni llano, ha sido un camino de obstáculos, muchas veces cuesta arriba, por tanto resulta indescriptible descubrirme aquí sentada, pensando en los agradecimientos. Es absolutamente satisfactorio, reconfortante, placentero, porque agradecer implica mirar hacia el principio de ese camino y descubrir que nunca he estado sola. Esta tarea hubiese sido imposible en soledad.

Primeramente debo agradecer al Universo, porque ha permitido el milagro (maravilloso milagro) de la vida, de mi vida.

Agradecer a la madre que tengo, alma noble, limpia, generosa; ser cálido, inteligente, el más hermoso de los seres, la más prodigiosa de las madres. Gracias por acompañarme con ese amor ilimitado, sin resquebrajamientos, por alentarme, enseñarme, guiarme, sostenerme; por darme el ejemplo de su vida, de su lucha y valentía, pero al mismo tiempo de su sencillez y entrega; por ser mi mamá. Gracias.

Gracias a mi padre, por su entereza, honestidad e integridad. Por su compromiso humano y social. Por enseñarme a no renunciar a las convicciones, a no retroceder ante los empujones, a seguir firme contra viento y marea por lo que se piensa, por su “que se rompa pero que no se doble”; por ser mi papá. Gracias

A mis hermanos...hoy no estaría aquí sin el contrafuerte de mis hermanos. Gracias por confiar y apostar por mí, por creer en mí, sin claudicaciones, con fe sólida: Gracias María Eugenia, Olga, Juan, Gaby, Pepe, sin ustedes esto hubiera sido sólo un sueño que se esfumaba en el espacio. Infinitas gracias por ser mis hermanos. Porque no sólo lo son por una cuestión azarosa, simplemente genética, sanguínea. Si me dieran la posibilidad de elegir en una próxima vida, los elegiría de nuevo a cada uno de ustedes. Gracias Margarita por tu aliento a la distancia.

Gracias Sofía, Tino, Ringo; gracias a “Los López”, Salvador y en ustedes a todos los demás, gracias por la alegría, por la incondicionalidad, por el consejo de sus miradas, porque me basta con llegar y saber que están allí, esperándome, para emprender nuevas aventuras y conversaciones silenciosas, correr bajo la lluvia, chapotear en los charcos,

pisar las hojas del otoño, pasear con un sol pleno sobre nuestras cabezas y olvidar que el mundo es mundo.

Gracias Catalina, por tu pequeñez bulliciosa, alegre, por tu personita inmensa y tu “hasta pronto tía”. Esa imagen tuya es la de la ternura necesaria para atesorar en el corazón.

Gracias a mis amigos: Justo Solórzano, Marlene Sandoval, Marleny Ardila, Edison Carrasco, Tania Guevara, Paty Cebada. Por acogerme con tanta fraternidad, por mostrarme que las fronteras son sólo ideológicas, que al fin y al cabo, estando en uno u otro punto de nuestra inmensa Latinoamérica, nos unen los mismos sueños, la misma utopía, la misma esperanza. Gracias por la música, por la risa, por las conversaciones, por el intercambio de ideas, por la poesía a orillas del Tormes, por las sopas calientes en invierno, por hacerme sentir que mi casa no estaba tan lejos, por ser mis “representantes”, por decirme: “¡sí!” cada vez que necesité de ustedes, gracias por caminar conmigo.

Gracias Elías Neuman y gracias Carlos Pucheta, por enseñarme que “no todo está perdido”, porque que hay seres humanos como ustedes capaces de sembrar vida y esperanza, allí donde todo es tribulación, donde el paisaje devuelve paredes, donde el encierro sofoca y al aire enardecido se convierte en padecimiento, aún allí, atrás de los muros, de las rejas, de la asfixia, allí están ustedes, con enorme nobleza, con incondicional entrega por el otro, por los presos. Porque no han sido ni son “asépticos”, la asepsia no es propia de quien trabaja con prisiones, la prisión se hace carne, duele, y sé que a ustedes les duele y mucho. Don Elías, sé que desde el cielo (o desde el lugar a donde van los buenos, porque allí es el único sitio donde puede estar), Ud. sigue firme, con la tristeza de su mirada, pero con esperanza, pensando que algún día las cosas cambiarán.

Gracias Carlos Parma, por los consejos académicos, por la guía, y por la palabra oportuna, por el tango que me acompañó cada día de este caminar peregrino, por los sacudones que me bajaron a la tierra y por también mostrarme que, incluso con los pies en el suelo, no sólo se puede sino que se debe seguir luchando por una sociedad mejor, más justa, más equitativa, es allí, aprendí de Ud, hacia donde debe dirigirse nuestro esfuerzo.

Gracias Ingeniero Miguel, por su generosidad y por aparecer en el momento exacto.

Gracias Manuel Estévez y gracias Manuel Cancio, por acudir en mi auxilio prestos, sin importar distancias, por poner de su tiempo y de su voluntad para darme una mano.

Gracias a mi Directora, Laura Zúñiga, por la paciencia y la rigurosidad, sólo desde allí es que se aprende.

Gracias Ana Messuti, por su sencillez, sabiduría, humanidad y humildad, calidez y calidad... los ángeles existen.

Gracias Salamanca, ciudad de Unamuno, por convertir la piedra de la que estás hecha en un cálido espacio, donde he podido cultivar y concretar aquello que una vez sólo fue un sueño.

Miro por la ventana de nuevo y la noche ha caído, la calle está desierta, el fin del día, el fin del camino. Sí, que reconfortante fue decir tantas veces gracias, señal y evidencia de que nunca he estado sola.

*Salamanca, en la primavera de 2012*

## INDICE

Abreviaturas.....	7
Introducción.....	9

## CAPÍTULO I

### Los albores del siglo XXI

1-Contexto Planetario.....	19
1.1-La globalización.....	20
1.2-La ficción del ciudadano en las sociedades de consumo. Los excluidos.....	24
1.3-Estado de excepción.....	29
1.4-Las migraciones, las ciudades y, la exclusión.....	31
2-Sociedades en tránsito.....	37
2.1-La sociedad disciplinaria.....	38
2.2-La sociedad de control.....	41
2.2.a-La vigilancia y el control.....	44
2.2.b-Los bancos de datos.....	52
2.2.c-El papel de los medios de comunicación.....	57
3-El derecho penal en el siglo que comienza.....	65
4-Poder Punitivo. Continuidad o ruptura.....	68

## Capítulo II

### La pena

1-Concepto de pena.....	74
1.1-Concepto de pena en el siglo XVIII. Contexto histórico.....	76
1.1.a-Kant.....	79
1.1. b-Feuerbach.....	81
1.1.c-Hegel.....	82
1.1.d-Beccaría.....	83
1.1.e-Lardizábal y Uribe.....	84
1.2-El concepto de pena en el siglo XIX. Contexto histórico.....	85

1.2.a-La denominada “escuela clásica” .....	86
1.2.b-Carrara.....	86
1.2.c-Romagnosi.....	87
1.2.d-Carmignani.....	87
1.2.e-El positivismo criminológico y el concepto de pena.....	88
1.2.f-El evolucionismo espiritualista. Von Liszt.....	89
1.2.g-Dorado Montero.....	90
1.3-El concepto de pena en el siglo XX. Contexto histórico.....	91
1.3.a-El neocriticismo.....	91
1.3.b-El neokantismo.....	92
1.3.c-La corriente finalista.....	93
1.3.d-El concepto de pena en el Estado de bienestar.....	94
1.3.e-Las posturas neoliberales.....	96
1.3.f-El concepto de pena para el neoretribucionismo.....	97
1.3.g-El concepto de pena para la teoría de la nocividad social.....	97
1.3.g.1-El derecho penal del enemigo.....	99
2-Los discursos desmitificadores de la pena.....	102
2.1-Teoría agnóstica o negativa de la pena.....	106
2.2-Teoría de la autopoiesis.....	108
2.3-La pena desde al abolicionismo al minimalismo.....	110
2.3.a-Abolicionismo penal.....	110
2.3.b-Christie.....	113
2.3.c-Mathiesen.....	115
2.3.d-Hulsman.....	118
2.3.e-El minimalismo.....	119
2.3.f-Ferrajoli.....	120
2.3.g-Baratta.....	122
3-La necesaria reconceptualización de la pena.....	125

## **Capítulo III**

### **La pena privativa de libertad**

1-La pena privativa de libertad y su complejidad.....	130
1.1-Historia de la pena privativa de libertad.....	131

1.1.a-Antigüedad.....	131
1.1.b-Derecho hebreo.....	132
1.1.c-Grecia y Roma.....	132
1.1.d-La edad media.....	134
1.1.e-La veta religiosa. La inquisición.....	138
1.1.f-De la custodia a la prisión.....	141
1.1.g-Estados Unidos de Norteamérica.....	144
2-El tránsito hacia la secularización.....	150
3-Las tesis economicistas.....	154
4-La tesis foucaultiana.....	160
4.1-El poder y la disciplina.....	161
4.2-El panóptico.....	165
4.3-Descarte y normalización.....	167

## **Capítulo IV**

### **Ideología del tratamiento**

1-Umbrales de la ideología del tratamiento.....	172
1.1-La escuela del positivismo criminológico.....	175
1.2-La peligrosidad.....	177
2-Tratamiento penitenciario y resocialización.....	180
3-El tratamiento penitenciario en las legislaciones latinoamericanas.....	197
4-El tratamiento penitenciario en la legislación argentina.....	200
4.1-Ley 24660.....	202
5-Tratamiento penitenciario en la legislación española.....	206
5.1-La observación de los preventivos.....	209
5.2-Progresión y regresión de grados.....	209
5.3-Beneficios penitenciarios.....	210
5.4-La subordinación de las actividades regimentales a las tratamentales.....	211
5.5-El informe pronóstico final: resultados y juicios de probabilidad del comportamiento del interno.....	213
6-El encierro y el tratamiento.....	214
6.1-El proceso de prisionización.....	215
7-El impudor del tratamiento.....	219



8-Tratamiento, seguridad y custodia.....	222
--	-----

## **Capítulo V**

### **Prisión Preventiva**

1-De su uso y abuso.....	225
2-Concepto.....	225
3-La prisión provisional en España.....	227
3.1-La realidad española.....	230
4-La normativa argentina.....	231
4-1-La prisión preventiva y las garantías constitucionales.....	232
5-Limitaciones a la aplicación de la prisión preventiva.....	235
6-La garantía del plazo razonable.....	240
7-Las leyes argentinas 24390 y 25430.....	242
8-La duración de la prisión provisional en el ámbito europeo.....	245
8-1-El caso Bernard. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	246
9-Jurisprudencia de la Corte Interamericana. El fallo Suárez Rosero.....	247
10- El carácter excepcional de la Prisión Preventiva. Fallo de la CIDH caso “Instituto de reeducación del menor c/ Paraguay”.....	248
11-Condena anticipada.....	249
12-Afectación de derechos.....	253
13-Prisión preventiva y prisionización.....	255

## **Capítulo VI**

### **La función económica de la prisión**

1-La industria del castigo.....	258
1.1-Las prisiones privadas. Antecedentes en Europa.....	261
1.1.a)-El proyecto de Bentham.....	263
1.1.b)-Los antecedentes en Norteamérica.....	265
2-Las prisiones privadas en la actualidad. Especial referencia a los Estados Unidos...269	
2.1-La extensión del modelo privatizador a otros países.....	278
3-Explotación laboral de los privados de libertad.....	283
3.1-La situación en Argentina.....	288

3.1.a)-La situación laboral de los presos en argentina.....	290
3.1.b)-La situación en España.....	292
3.1.c)- La utilización laboral de los presos en España.....	299
4-De la cárcel fábrica a la cárcel de la miseria.....	304

## **Capítulo VII**

### **Muros adentro. La pena privativa de libertad y los derechos humanos**

1-Fundamentación de los derechos humanos.....	315
1.1-Fundamentación sociológica de los derechos humanos.....	318
2-Protección de los derechos humanos.....	319
2.1- Deber de protección del Estado frente a las distintas formas de violencia.....	320
3-La pena de prisión como pena corporal.....	321
3.1-La pena de prisión, también pena de tiempo.....	323
4- Los derechos humanos al interior de la prisión. Las torturas, los tratos inhumanos, crueles y degradantes.....	325
4.1-La tortura y otras formas de violencia en el ámbito penitenciario. Contexto Legal.....	328
4.2-Contexto legal en la República Argentina.....	332
4.3-Contexto legal en España.....	333
5-Torturas, tratos inhumanos, crueles y degradantes en las prisiones argentinas.....	334
5.1-Sobrepoblación y hacinamiento en las prisiones argentinas.....	342
6-Violencia en las prisiones argentinas. Los motines.....	344
7-Actuación de la justicia en el ámbito nacional. Jurisprudencia.....	346
7.1-Intervención de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Las cárceles de Mendoza”.....	349
8-Otros casos.....	351
9-Situación en España.....	352
9.1-Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas tratos inhumanos, crueles o degradantes.....	354
10-Cupos carcelarios en España.....	359
11-Torturas, tratos inhumanos, crueles y degradantes. Los relatos .....	360
12-El Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES).....	365
12.1-Jurisprudencia sobre el FIES.....	370

12.2- Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de Marzo de 2009.....	371
13- Decesos en las prisiones españolas .....	375
14-Los Fallos.....	376
15-Recomendaciones de la ONU.....	380
16-Así las cosas.....	381

## **A MODO RECAPITULAR**

### **El fin de la pena privativa de libertad en los albores del siglo XXI**

1-La pena de prisión y la sociedad de control.....	383
2-La pena circular.....	390
3-¿Resuelve la pena de prisión conflictos sociales?.....	395
3.1-La víctima.....	399
4-El nuevo gran encierro, la inflación penitenciaria.....	403

<b>Conclusiones.....</b>	<b>409</b>
--------------------------	------------

<b>Bibliografía.....</b>	<b>413</b>
--------------------------	------------

## **ABREVIATURAS**

**AI** Amnistía Internacional

**AJVP** Auto Juez Vigilancia Penitenciaria

**APDHA** Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía.

**BOE** Boletín Oficial del Estado

**CADH** Convención Americana de Derechos Humanos

**CELS** Centro de Estudios Legales y Sociales

**CIDH** Corte Interamericana de Derechos Humanos

**CIRE** Centro de Iniciativas para la Reinserción

**CEPAL** Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

**CEPDH** Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos

**CP** Código Penal

**CPA** Código Penal Argentino

**CPE** Código Penal Español

**CPP** Código Procesal Penal

**CPT** Comité para la Pre

**DGIP** Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

**FIES** Ficheros de Internos de Especial Seguimiento

**ICPA** International Corrections and Prisons Association (Asociación Internacional de Instituciones Penitenciarias)

**L.O.** Ley Orgánica.

**L.O.G.P** Ley Orgánica General Penitenciaria

**OIT** Organización Internacional del Trabajo.

**ONG** Organización no Gubernamental.

**ONU** Organización de Naciones Unidas.

**PIDCP** Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos

**RP** Reglamento Penitenciario

**SCS** Sentencia Corte Suprema

**SCIDH** Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

**STC** Sentencia Tribunal Constitucional

**STEDH** Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**TCP** Tribunal de Casación Penal

**VV.AA** Autores Varios

## LA PENA DE PRISIÓN EN BUSCA DE SENTIDO. EL FIN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

*“Nunca las rejas son suficientes, jamás alcanzaran las penas, siempre serán poco los castigos; el grito se extiende, continúa, reaparece hoy en una esquina y mañana en otra, como si quisiera poblar con su desgarrada humanidad ese caos, esa tierra de nadie donde nosotros hemos decidido no estar”.*

Alberto Morlachetti<sup>1</sup>

### INTRODUCCIÓN

El siglo XXI se presentaba como un complejo entramado de arcanos por descubrir, o esa era, al menos, la sensación y la expectativa que nos provocaba su advenimiento desde el ocaso de la centuria que pasó. Sin embargo, en referencia concreta a la pena privativa de libertad, en los albores de este nuevo milenio, en un ejercicio retrospectivo y de deconstrucción histórica, descubrimos que hay un hilo conductor que nos trae al presente el mismo interrogante que ha inducido a distintos autores, en diferentes épocas y sitios, a indagar acerca de tal penalidad. Siguiendo con esa continuidad, podemos decir que en nuestro caso, varios han sido los motivos que incitaron esta investigación; primeramente, urge un análisis profundo del fin de la pena privativa de libertad en el contexto de la complejidad que plantea el siglo XXI, en el que se sobredimensiona el poder punitivo de una manera extraordinaria, donde el derecho no es más que una “referencia”<sup>2</sup>, que para unos es legitimación y para otros promesa. Pues bien, tal pretendida legitimidad y tal promesa no son más que el discurso equívoco, que, en la realidad, se halla inverso. Invertido en desigualdad, explotación y dominación, así funciona eficazmente<sup>3</sup>. Un derecho que oculta el hecho que lo niega. Lo que conforma sin duda, una unidad indisoluble con la implementación a destajo de políticas neoliberales globalizadas, de un capitalismo de carácter financiero que moviliza la

---

<sup>1</sup> MORLACHETTI, A.: *Crónicas desangeladas*, Ed. Pelota de trapo, Bs. As, 2007

<sup>2</sup> Aquél discurso a que el mercado apela, el que le da cohesión al sistema. Vid.: LOGIUDICE, E.: *Marxismo, ¿hipótesis o teoría?* Ed. Herramienta Ediciones, Bs. As. 2007, pg 87

<sup>3</sup> LOGIUDICE, E.: Op. Cit, pg 90

economía mundial y que provoca como consecuencia el apareamiento de una nueva categoría: “los excluidos”, aquellos que se encuentran desprovistos de toda propiedad<sup>4</sup> para hacer valer en el mercado, categoría muy lejana del proletariado de la concepción marxista. Esta categoría no se define en términos puramente económicos sino que es un concepto multidimensional y enmarca la pérdida de “pertenencia” al aparato productivo y de consumo, la ausencia de redes que le contengan y una falta de participación política, pues en una sociedad donde la competitividad es un valor central, los mecanismos de exclusión constituyen una regla elemental y necesaria. Hablar de exclusión social, entonces, es expresar y dejar constancia de que el tema no es tanto la pobreza y las desigualdades sociales sino en qué medida se tiene o no un lugar en la sociedad, es marcar la distancia entre los que participan en su dinámica y se benefician de ella y los que son excluidos e ignorados por esa propia dinámica social. Supone alertar sobre los efectos en la evolución de la sociedad y el proceso de agresividad y violencia personal y social que desencadena. La exclusión es un germen de violencia en su triple componente: institucional, popular y represivo<sup>5</sup>. Se manifiesta en distintas ciudades, en diferentes países, en el planeta, la exclusión es un fenómeno global. El excluido carece de capacidad de consumo, por tanto es una categoría sobrante, el excluido, afirma con razón NEUMAN, es el desaparecido de la democracia<sup>6</sup>. En contrapartida, el concepto de ciudadano ya no tiene que ver estrictamente con la pertenencia a determinados límites geográficos, ya no es el equivalente a “ser” de un determinado estado-nación, -lo que implicaba el ejercicio de derechos y de obligaciones- sino que muy por el contrario dentro de esas mismas fronteras geográficas y fuera de ellas, el ciudadano es el que posee capacidad de consumo (las prisiones se encuentran atiborradas de quienes no la tienen).

El fenómeno dicotómico al que hemos hecho referencia, ocurre dentro de un marco que le es compatible: la sociedad de control, que es la sucesora de la sociedad disciplinaria. Ésta última ha sido brillantemente expuesta y analizada por FOUCAULT quien, con claridad nos decía que la sociedad disciplinaria era puesta en marcha a través de mecanismos que aseguraban su fijación en ella, el disciplinamiento a través de una difusa red de aparatos que regulaban costumbres, hábitos y prácticas productivas,

---

<sup>4</sup> No ya entendida como el “dominio sobre una cosa”, su situación de exclusión no es sino lo que el mercado desecha. LOGIUDICE, E.: Op. Cit. pg.45

<sup>5</sup> Vid. al respecto: BELL DELL C.: *Exclusión social, origen y características*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2002

<sup>6</sup> NEUMAN, E.: *Prisión y control social*, Buenos Aires, 2005, pg. 6

confirmando la obediencia a sus reglas y a sus mecanismos de inclusión y /o marginación. Esa sociedad se alcanzaba por medio de instituciones disciplinarias (la prisión, la fábrica, el asilo, el hospital, la universidad, la escuela, etc.) que estructuraban el terreno social y presentaban lógicas adecuadas a la “razón” de la disciplina. El poder disciplinario gobernaba, en efecto, estructurando los parámetros y límites del pensamiento y la práctica, sancionando y prescribiendo los comportamientos normales o desviados<sup>7</sup>. El poder era entonces expresado como una vigilancia que se extendía por las profundidades de las conciencias y cuerpos de la población, y al mismo tiempo a través de la totalidad de las relaciones sociales<sup>8</sup>. Ahora bien, este tipo de sociedades, como hemos dicho, ha ido cediendo paso hacia fines del siglo pasado a lo que se ha denominado como sociedad de control y aunque FOUCAULT vislumbraba ya su advenimiento<sup>9</sup> ha sido DELEUZE quien en su *Post scriptum sobre las sociedades de control* termina de ponerla sobre el tapete, pues entiende que todos los centros de encierro atraviesan una crisis generalizada: cárcel, hospital, fábrica, escuela, familia. En las sociedades de control el poder se ha atomizado, es omnipresente y ya no es necesaria la fijación para el control. Los espacios cerrados han cedido paso al control sin fisuras también en los espacios abiertos, las nuevas tecnologías de vigilancia así lo permiten, todo y todos podemos ser controlados en todo momento, en todo espacio, con una revolución tecnológica que redimensiona las técnicas de vigilancia, que las renueva y refina de una manera aterradora, entonces, se argumenta que es el peligro, la amenaza, la guerra, el incremento de la delincuencia callejera, precisamente, la necesidad de “control”, lo que justifica la intensificación del poder punitivo, y la pena de prisión es su demostración más evidente. Ya no es necesario “disciplinar” para el trabajo, ya no se disciplina para la fijación pero se controla para la exclusión, se excluye para el control, y se pone de manifiesto, al mismo tiempo, la ficción débil de la figura del ciudadano. En esta trama, el poder punitivo y el derecho penal, asoman entonces como tan solo la punta del iceberg que oculta un fondo en extremo profundo, sin embargo, afloran como un instrumento más de control pues el poder punitivo, encontró siempre, a lo largo de la historia, un discurso del cual valerse. En los albores del siglo XXI también lo ha

---

<sup>7</sup> Vid. al respecto FOUCAULT, M: *Microfísica del poder*, Ed. Siglo XXI, Bs. As, 1999; PEDEMONTE, A.: *Sociedad disciplinaria*, Ed. Rayuela Bs. As, 2000

<sup>8</sup> Estas sociedades, aunque observadas ya en el siglo XVIII, han alcanzado su apogeo en el XIX y el pasado siglo XX.

<sup>9</sup> En algunos seminarios dictados por FOUCAULT en el Collège de France (*Defender la sociedad, Seguridad, territorio y población y Nacimiento de la biopolítica*), el autor percibe la variación hacia los dispositivos biopolíticos y de “seguridad”, como continuadores de las prácticas de dominación



encontrado y no solo en las construcciones justificantes de la pena sino también en sus prácticas específicas<sup>10</sup>. Por tanto, a medida que se fueron complejizando los tiempos, lo propio sucedió con el discurso punitivo y con las prácticas a las que él conlleva, con todo, la matriz está intacta, pero adaptada al siglo XXI.

En este panorama, sostenemos que se hace indispensable una construcción sociológica de la pena de prisión. Coincidimos con GARLAND, en el siguiente sentido: dicha penalidad es un fenómeno social ante todo. Es un complejo institucional que se sustenta en un análisis amplio de efectos e implicancias sociales. Para GARLAND, la sociología del castigo es “el *corpus* que explora las relaciones entre el castigo y la sociedad. Su intención es entender al castigo como fenómeno social y, en consecuencia, establecer su papel en la vida social”. Consideramos también de vital importancia esta concepción que contempla las instituciones desde afuera de ellas con la intención de entender el papel de éstas como un conjunto distintivo de procesos sociales inmersos precisamente, en una vasta red social y, así, el autor citado, sugiere que un estudio correcto sobre el castigo requiere una relación estrecha entre el plano elevado de la teoría normativa y el más llano propio de la práctica de la decisión penal; lo cual sólo es posible gracias a la sociología del castigo. En otras palabras, de una interacción entre cada uno de estos niveles de la penalidad. Así entonces, creemos acertada la tesis de GARLAND quien afirma apropiadamente que el principal objetivo de la sociología del castigo no es promover un funcionamiento eficiente de las instituciones penales, sino explorar las relaciones entre el castigo y la sociedad, en comprender cómo el castigo funciona como una institución social, y en trazar su rol en la vida social<sup>11</sup>. Por ello, es necesario previo a cualquier análisis de la pena privativa de libertad contextualizar el marco histórico, político, social donde ella está inmersa. Es lo que haremos en el capítulo uno.

Ahora bien, al hilo de lo que venimos diciendo hasta aquí, es menester recalcar que el control penal que se reconfiguró en los albores del nuevo milenio es el resultado de opciones políticas, que como con acierto sostiene TEDESCO, están basadas en una

---

<sup>10</sup> Tal y como lo sostiene ARNEDO, fue el discurso que en su momento fortaleció el estado inquisitivo y permitió la persecución de las mujeres por brujas y de los díscolos del entonces sistema hegemónico por herejes los herejes o el que resignificó el lugar de encierro no ya como el lugar donde el sujeto expiaría sus pecados sino como aquel que tiene deparado el nuevo modelo de Estado para todos aquellos que no pueden internalizar las pautas del nuevo mundo capitalista donde la libertad también se convirtió en una mercancía. ARNEDO, J.: “Estado, poder punitivo y seguridad”, en *Revista del Instituto brasileño de criminología*, Sao Paolo, 2010.

<sup>11</sup> GARLAND, D.: *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, Ed. Siglo XXI, México, 1999; Vid. también: TEDESCO, I.: *El castigo como una compleja institución social. El pensamiento de David Garland*, Ediciones del Dpto. de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho UBA, 2003, pg. 78

estructura de relaciones sociales influidas por nuevas sensibilidades culturales así, asistimos a una re- emergencia de sanciones punitivas. El castigo volvió a ser, una vez más, un objetivo penal respetado y adoptado. A su vez, los aspectos simbólicos, expresivos y comunicativos de la sanción penal son abrazados por las nuevas filosofías normativas de la pena que buscan explicaciones racionales que expresen de la mejor manera las suposiciones culturales y los intereses políticos que ahora dan forma a la práctica del castigo. En este escenario, la pena de prisión ha vuelto a transformarse. Ha pasado a ser un pilar del orden social contemporáneo masivo e indispensable<sup>12</sup>.

Hay en consecuencia, una concepción de ella como el “medio idóneo” para la solución de la gran mayoría de los “conflictos” que presenta el complejo entramado social de principios de siglo y por otra parte, una constatación empírica de estas definiciones y construcciones, que distan y mucho, del imaginario que las crea y de los axiomas legales previstos en los ordenamientos occidentales. La cuestión es ¿estamos ante un entrapamiento propio del discurso jurídico penal de la modernidad, o se trata de un esquema que recorre toda la historia punitiva de occidente?, ¿nos encontramos ante la finalización de una etapa y el inicio de otra, o ante un círculo perfecto que hace de la historia no más que un eje sobre el que se construyen realidades que nos retrotraen al pasado de manera recurrente, haciendo de ella continuidad y no ruptura?<sup>13</sup>

Es que la pena privativa de libertad, desde que se ha constituido históricamente como tal, ha sido siempre funcional al ejercicio del poder. De hecho, es la manifestación misma del ejercicio del poder (punitivo en nuestro caso). Por tanto, su continuidad en el tiempo es irrefutable, su perdurabilidad es, al menos por ahora, ad infinitum.

El enfoque propuesto por este trabajo apunta, por tanto, a desvelar el sentido de la pena de prisión en los albores del presente siglo, sentido entendido como finalidad que la valide (sin que una vez que lo desvelemos ello se traduzca en conformismo o aceptación de tal finalidad). Se hace necesario entonces, tomarle el peso a la pena de prisión, revelarla en su compleja y entera dimensión.

En esta instancia será ya necesario que nos adentremos en el concepto de pena, y es lo que haremos en el capítulo dos. Abordaremos los distintos conceptos de pena partiendo desde el siglo XVIII- cuando empieza a consolidarse la pena de prisión como tal- y

---

<sup>12</sup> Vid. GARLAND, D.: *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Traducción de RODRIGUEZ, J. Ed. Libros, Buenos Aires, 2005 pg. 99; Vid. también: TEDESCO, I.: Op. Cit. Pg. 43

<sup>13</sup> Es importante mantener estas preguntas para tratar de develar las formas de resistencia a la representación específica de relaciones de poder que configuran nuestro presente

siempre contextualizándolos en un marco histórico de referencia, porque cada uno de ellos es producto, precisamente, de ese marco. Distintas teorías han pretendido legitimar a la pena, deslegitimarla, demostrar la necesidad de abolirla o de sostenerla. Nos limitaremos a las que consideramos necesario tener presentes para desentrañar a la pena de prisión en la actualidad. Todas ellas nos llevarán con un hilo conductor a su descarte, algunas simplemente porque han permitido, porque ya no pueden ser sostenidas, han caducado; otras por insuficientes, otras por imposibles, y otras aunque actuales, vigentes, incompletas. La pregunta que surge entonces inevitable: ¿cuál es la finalidad, el sentido de la pena de prisión?, ¿podemos seguir manteniendo en los ordenamientos punitivos de occidente su finalidad “resocializadora”? Si el concepto resocializador es propio o reflejo de las sociedades industriales y disciplinarias del siglo pasado y sabido es que, como dijimos, hemos transcurrido hacia un nuevo tipo de paradigma social concretado en las sociedades de control, de economías financieras, donde el hombre se transforma en un número, en una cifra. Consideramos entonces indispensable, en el momento histórico por el que atravesamos, despojarnos de las teorías que conciben a la pena privativa de libertad como medio o instrumento para un ulterior fin reparador, resocializador, corrector o reeducador. Y en este punto debemos decir que, si ninguna teoría de la pena nos resulta suficiente, es precisamente porque nos urge la preocupación por demostrar que se hace imperiosa una reconceptualización de la pena, concretamente de la pena privativa de libertad, de su ejecución y de sus fines, porque tenemos la convicción de que es necesario situarla en el contexto del siglo XXI, de avanzar hacia una percepción diferente, realista, alejada de simulaciones, lo que constituye un verdadero desafío que resulta también ineludible.

Sostenemos asimismo que para poder entender y dimensionar en la actualidad la pena de prisión, es inexcusable indagar en sus orígenes históricos, y es lo que haremos en el capítulo tres, pues la necesidad de comprender el presente es la que nos impele a indagar en el pasado en busca de respuestas, pues los fenómenos sociales que descubrimos (y la pena de prisión, insistimos, lo es) en la actualidad no son fenómenos aislados, sino que forman parte de procesos, de encadenamiento de acciones y voluntades humanas, por lo que para su cabal explicación es necesario referirse a la gestación y desarrollo de los procesos de los que forman parte<sup>14</sup>. Sin embargo, y tal y como lo sostiene PEREYRA “(...) el conocimiento de las circunstancias a partir de las

---

<sup>14</sup> Vid. VILORO, L.: *El sentido de la historia en las Ciencias Sociales.*, Ed. UNAM México, 2001

cuales se gesta una coyuntura histórica es indispensable para captar la peculiaridad de ésta, pero saber cómo algo llegó a ser no supone todavía reunir los elementos suficientes para explicar su organización actual”<sup>15</sup> Tampoco debemos perder de vista que nuestra indagación histórica estará impregnada de las limitaciones de la parcialidad y el pragmatismo, de las reinterpretaciones y redefiniciones de quienes han escrito y redactado esa porción de historia de acuerdo a su propio proyecto de dominación. Redescubrir esta relatividad y lo inacabado de nuestro conocimiento nos llevará a la conclusión de que la realidad no es un fenómeno concluido sino en evolución, circular para nosotros. Empero, sin esta base histórica que sentaremos, abordar a la pena de prisión, explicarla, sería un imposible.

Con el sustento del abordaje anterior examinaremos en el capítulo cuatro el “tratamiento penitenciario” que prevén las legislaciones punitivas de Occidente y que sin espacio a duda alguna ya no puede ser mantenido, como tampoco puede serlo, el concepto de resocialización. Con todo, no podemos dejar de analizarlo partiendo de sus orígenes en los que el concepto de tratamiento fue utilizado en forma casi exclusivamente médica que se aplicaba a delincuentes que había que curar y luego castigar. Luego el término tratamiento adquiere otra significación de carácter especialmente penitenciario, al referirse a la forma como se debe "tratar" a los individuos detenidos en los establecimientos penitenciarios y cuál será el contenido médico, psicológico, social, que le será aplicado. Debido a la influencia de las concepciones del Departamento de Defensa Social de Naciones Unidas, como base de planificación de la Política Criminal, ha sido utilizado cuando se hace referencia a los sistemas generales de "Prevención del Crimen y tratamiento del delincuente" que debe acogerse y adoptarse a las legislaciones positivas. En ésta nueva y más amplia acepción, el concepto de tratamiento corresponde a la “creación de procesos lícitos y legislativos para evitar la reincidencia recuperando socialmente al delincuente; procesos que son eficaces y que se pueden realizar sin causar daño a la integridad física”<sup>16</sup>. Sin embargo, el denominado tratamiento penitenciario, “trata” al hombre que ingresa a prisión como una máquina echada a perder, a la que hay que “reparar” y las consecuencias que provoca el encierro siguen siendo devastadoras. No podemos ignorar a las normas legales que lo prevén, haremos entonces especial referencia a las normativas argentina y española.

---

<sup>15</sup> Vid. PEREYRA, C. *¿Para qué la historia?* Ed. Siglo XXI, México, 1990, pg. 56

<sup>16</sup> Vid. CANESTRI, F.: *Tratamiento penitenciario*, Ed. UNAM México, 1981; Vid también: VALVERDE, A.: *Criminología: Tratamiento en el sistema penitenciario*, Ed. Gaval, Caracas, 1999

El siguiente paso consistirá en abordar en el capítulo cinco a la Prisión Preventiva, que aunque afirman es un instituto procesal, tenemos la convicción de que es necesario analizarla en esta investigación. Por las condiciones en que se cumple, por su prolongada (a veces indefinida) duración en el tiempo, por la afectación grave de derechos que su imposición conlleva (no cabe duda que la referencia a ella implica ya de por sí una contradicción con principios fundamentales como el derecho a la libertad personal y el principio de inocencia) se constituye en una innegable pena anticipada conformando de esta manera, una verdadera unidad con la pena de prisión ejecutada. Enunciada sin excepción por los documentos internacionales de la segunda mitad del siglo anterior, su admisión en el “deber ser” se encuentra más que arraigada, quizás, que ninguna garantía judicial. Compartimos la postura de VITALE quien acertadamente sostiene que el discurso jurídico elaborado para justificar este fenómeno sustancialmente punitivo (el del encarcelamiento de personas sólo sometidas a proceso penal y sin condena inmodificable a pena carcelaria alguna) resulta claramente falso, constituyendo una de las tantas ficciones en las que suele basarse la teoría del derecho. Ello para no ser más frontales y reconocer que, al menos en parte, se nos ofrece otro de los embustes de las etiquetas con las que suelen presentarse una serie de institutos de nuestra construcción jurídica<sup>17</sup>.

Así las cosas, podemos vislumbrar un claro sostenimiento de la pena privativa de libertad basado también en una función tradicional: la económica. Es la función que abordaremos en el capítulo seis, ya que recobra ahora energía inusitada con prisiones privadas que cotizan en bolsa y enormes beneficios económicos que se traducen en cifras millonarias para las empresas propietarias de un “negocio” extremadamente rentable, compatible en un todo con las sociedades del siglo XXI. La privatización del sector carcelario, sostiene el autor mexicano PEREZ SILVA ha convertido el delito en un valor al alza<sup>18</sup>. Así, frente al mayor bienestar demandado por la sociedad emerge un negocio que busca sacar partido de la inseguridad creada. Las prisiones, con todas sus celdas completas, obtendrán grandes beneficios y la cárcel se ha convertido en un desenlace cada vez más habitual -como si la paz social se pudiese medir por el número de presos- pues éstos constituyen una masa que se traduce en uno de los grandes

---

<sup>17</sup> VITALE, G- GARCÍA, N.: “El arresto del art. 18 de la Constitución Nacional, no justifica la llamada prisión preventiva”, en *I Congreso Federal de Justicia Penal*, Bs. As 2003

<sup>18</sup> Vid. PEREZ SILVA, C.: Prisiones privadas <http://www.jornada.unam.mx/2012/08/20/opinion/018n1pol>

alicientes de las prisiones privadas: mano de obra barata<sup>19</sup>. Las consecuencias de este fenómeno no pueden ser más nefastas: violación de los derechos humanos y condiciones de vida contrarias a la dignidad de las personas. Esta investigación no puede hacerse, por tanto, solamente desde el legalismo, por los motivos antes expuestos. Requiere por el contrario, de un análisis mucho más profundo, sin perder de vista, lo que en definitiva, es el objeto de todo discurso punitivo, insistimos: el hombre. Como bien ha dicho el Profesor de Alcalá, SANZ DELGADO “(...) la ejecución de la pena privativa de libertad, no es ‘lo que viene después’ del proceso, con aires de menor importancia. Es una parte esencial del derecho penal por atender al hombre a quien recibe (...) la dogmática y el proceso no pueden servir sólo para un ejercicio de virtuosismo, elegancia de frases o contundencia en la presentación de pruebas. Se orientan al delincuente y al final de su camino legal y procesal aparece lo definitivo del ingreso de un ser humano a un establecimiento penitenciario”<sup>20</sup>.

No podemos entonces, de manera alguna, olvidar el horizonte y guía de los Derechos Humanos, bastardeados con una impiedad pasmosa muros adentro -reflejo sin duda de lo que ocurre muros afuera-. Plantearemos una fundamentación de los mismos, que no puede ser otra que la sociológica, indagaremos acerca de si el Estado asume el rol que le corresponde en la protección de tales Derechos, lo que ya de por sí es una utopía, pues sabemos que es él mismo quien se encarga de demolerlos. Abordaremos a los tratos inhumanos, crueles y degradantes al interior de la prisión porque tenemos la convicción de que la pena privativa de libertad no ha dejado de ser una pena corporal, sigue dejando una “marca en el cuerpo”, los suplicios no han quedado atrás. Por este motivo es que sólo analizaremos a los tratos inhumanos, crueles y degradantes con la finalidad de demostrar lo que hemos afirmado: que pena de prisión es equivalente a pena corporal. Conjuntamente, haremos también especial énfasis en las realidades penitenciarias argentina y española. Ello en el capítulo siete.

Por último y a modo recapitular concretizaremos sobre los que entendemos son los pilares fundamentales en los que se cimienta la pena de prisión en los albores del siglo XXI, los que nos permiten en definitiva, desvelar su sentido: *La pena de prisión y la sociedad de control*- pues insistimos, tenemos la convicción de que tal penalidad no puede ni debe ser descontextualizada- sólo dentro de este contexto es que podremos

---

<sup>19</sup> PLANELLÓ, J.: “Prisiones privadas. Hacia un Estado Penal”, disponible en <http://www.solidarios.org.es/ccs.php?cat=66&id=730>

<sup>20</sup> SANZ DELGADO, E: *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*. Ed Edisofer. Madrid, 2000 pg. 14

desmitificar, descartar, eliminar a la tradicional pero ya insostenible finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad. En segundo lugar, transitaremos sobre lo que hemos denominado: *La pena circular*, aludiendo con ello precisamente a la circularidad en el tiempo de la pena de prisión, pues afirmamos que ésta se ha revalidado sistemática e históricamente en una circularidad axiomática. En tercer lugar y como lo adelantábamos, inquiriremos acerca de si la pena de prisión resuelve conflictos sociales, pues el discurso punitivo de las agencias penales afirma que ello es así. La pena de prisión vendría siendo el bálsamo que sosiega el estado de inseguridad en el que se encuentran sumergidas las sociedades del siglo XXI, con más pena de prisión parecería entonces que todo estaría resuelto. Con todo, el panorama es poco alentador respecto de la víctima. Suscitado el conflicto penal, es ella una de sus partes, por tanto no podemos no debemos obviarla, no puede estar ausente de nuestra exposición, pues aunque protagonista, los discursos punitivos la han eliminado hasta no hace mucho del panorama penal. Por último aludiremos a lo que hemos denominado como: *El nuevo gran encierro, la inflación penitenciaria*. Valiéndonos, por supuesto, de la expresión que utilizó FOUCAULT para referirse a lo ocurrido a fines del siglo XVII, cuando era “necesario” apartar a los indigentes mediante el encierro, cuya única finalidad era procurar “la limpieza social”. Así, en la Edad Media el pecado capital fue la soberbia. Al florecer la banca durante el Renacimiento se decía que la avaricia era el mayor pecado. Pero en el siglo XVII, cuando se impone la ética del trabajo no sólo en los países protestantes sino en los católicos, la pereza —en realidad: el desempleo— fue el más notorio de los pecados. Una ciudad donde se proyectaba que cada individuo fuera un engranaje de la máquina social era el gran sueño burgués. Dentro de este sueño los grupos que no se integraran a la maquinaria estaban destinados a cargar un estigma<sup>21</sup>. Así ocurre también en los albores del siglo XXI, en nuestras sociedades antropológicas, donde el gran pecado ahora es cargar con el estigma de “excluido”. Los objetivos que nos proponemos, en esta investigación, son sin duda, ambiciosos, es menester reconocerlo, sin embargo, “a veces hay que arrojar una piedra al estanque para ver si algo se mueve”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Vid. FOUCAULT, M.: *Historia de la locura*, vid también: MILLER, A.: *Del gran encierro de Foucault, al gulag químico*, disponible en: <http://biopsiquiatria.wordpress.com/2009/05/16/gulagquimico/>

<sup>22</sup> NEUMAN, E.: *Los que viven del delito y los otros*, Ed Temis, Bogotá, 2005, pg. 217

## CAPITULO I

### LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

#### 1.-El contexto planetario

Los dogmas que definen la criminalidad y la lógica del encarcelamiento han cambiado radicalmente, pero para poder avanzar sobre esto es necesario dotar de un marco referencial y de contenido a nuestras afirmaciones, para lo que se hace vital una revisión del contexto planetario de inicios de siglo. Pues bien, es menester tener presente que ha quedado atrás el capitalismo industrial que dependía de la manufactura y las fábricas; se encuentra en pleno apogeo el capitalismo financiero dependiente de la especulación del libre mercado<sup>23</sup> (las transacciones financieras especulativas ascienden cada día a 1, 3 billón de dólares; 50 veces más que la suma de los intercambios comerciales<sup>24</sup>). Descripto magníficamente por DELUEZE “El capitalismo ya no se concentra en la producción, a menudo relegada a la periferia tercermundista, incluso en la compleja forma de la producción textil, metalúrgica o petrolífera. Es un capitalismo de superproducción. Ya no compra materias primas ni vende productos terminados o procede al montaje de piezas sueltas. Lo que intenta vender son servicios, lo que quiere comprar son acciones. No es un capitalismo de producción sino de productos, es decir, de ventas o de mercados. Por eso es especialmente disperso, por eso la empresa ha ocupado el lugar de la fábrica”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> La fuerza creciente del capitalismo también aumentó con su nueva política para la flexibilidad de la libertad de comercio y la movilidad de capitales. Estas permitieron a las megaempresas y complejos multiempresariales-militares y gubernamentales abatir pagos de impuestos a los gobiernos, salarios indirectos que “las políticas sociales” prestaban a los trabajadores y los pueblos. Los grandes complejos empresariales—militares, decidieron terminar en los hechos y en las legislaciones con derechos sociales y laborales que se habían visto obligados a otorgar o reconocer cuando se sentían menos fuertes, y cuando las políticas sociales les servían para apaciguar a los trabajadores de la producción y a las juventudes que buscaban mejorar sus conocimientos y sus condiciones de vida con empleos mejor remunerados que asociaban a los distintos niveles de educación. El triunfo del neoliberalismo, no sólo implicó esas grandes ventajas para el capital y esas contradicciones con los trabajadores, empleados y estudiantes metropolitanos que se vieron empobrecidos, inseguros y amenazados. Triunfos y obstáculos crecientes se dieron en los pueblos de origen colonial o dependiente que sufrieron los efectos de la crisis del “desarrollismo”, el “populismo” y la “democracia electoral” en formas violentas abiertas y veladas. Vid. GONZALEZ CASANOVA, P.: *El capitalismo en el siglo XXI, ¿a dónde está? ¿a dónde va?* Ed. Temis, Bogotá, 2007.

<sup>24</sup> BERGER, J.: “Los nuevos muros de la prisión global”, en *Revista Ñ*, Buenos Aires, 2008

<sup>25</sup> DELEUZE, G.: *Post scriptum sobre las sociedades de control*, Ed. Nordan, Montevideo, 1991



## 1.1) La globalización

El escritor canadiense Mc LUHAN llamó “aldea global”<sup>26</sup>, al fenómeno de interrelación de los habitantes del planeta, por la cual, la población mundial forma una sola comunidad<sup>27</sup>, el paradigma sin duda, de esta “nueva forma” de ver y ser el mundo, lo encontramos en la caída del muro de Berlín, en 1989 del siglo pasado.

Desde un punto de vista formal, el orden mundial existente se parece bastante a la sociedad internacional de estados, en vigor, en los siglos XIX y XX. Pero, observando la intensidad y complejidad de las relaciones que constituyen el mundo actual, puede comprobarse que esos estados entraron, en las últimas décadas, en un proceso de profunda interdependencia que implica un cambio cualitativo con relación al modelo anterior. Hoy, la circulación de capitales y mercancías, de tecnologías y poblaciones, de valores y credos políticos y sociales, de comunicaciones y riesgos ambientales, es de tal velocidad e intensidad que todos los individuos del planeta, de una forma o de otra, viven una realidad común- no obstante, como veremos, esto no significa que todos vivan esa realidad en las mismas condiciones-<sup>28</sup>.

Así, en palabras de ROBINSOSN, “(...)la globalización económica tiene su contrapartida en la formación de clases y en la emergencia de un estado transnacional que ha venido a existir para funcionar como la autoridad colectiva para la clase global gobernante. (...) en la actualidad, la globalización del proceso de producción está unificando al mundo, está llevando a cabo la integración orgánica de diferentes países y regiones en la economía global (...). Se registra una subordinación de la lógica de la geografía a la lógica de la producción y este proceso que no tiene precedentes históricos, (...) nos obliga a reconsiderar la geografía y las políticas del estado-nación”<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Mc. LUHAN, M.: *La paz y la guerra en la aldea global*, Traducción LÓPEZ, I, Ed. Pinceladas, Bs. As, 2001

<sup>27</sup> Todas las novedades, incluidos los valores, las ideas y los adelantos científicos y culturales, trascienden las fronteras a través de los medios de comunicación, los libros, la música y el cine. El fin de la guerra fría terminó con la perspectiva de una tercera guerra mundial de carácter atómico, pero esto no significó que el mundo estuviese libre de guerras en los años venideros. Aspectos fundamentales de las sociedades han quedado librados al juego del mercado. El desempleo ocasionado por la expansión de la tecnología y por el desplazamiento de industrias que cambian de lugar en busca de mano de obra más barata, son consecuencia de esa nueva visión global del planeta. Vid al respecto: Mc. LUHAN, M., Op. Cit. pg. 45

<sup>28</sup> Sabemos que en esa transformación se organiza un espacio para la economía política, donde el poder dominando los mercados está en intersección con los mercados dominando por el poder. Se trata de un ejercicio del poder. Lo que se extiende es una política del aumento insaciable del consumo

<sup>29</sup> ROBINSON, W. I.: “La globalización capitalista y la transnacionalización del Estado” en *Revista de Economía, Sociedad y Cultura*. México, 2000

En las diferentes regiones del mundo, se han formado grandes bloques económicos<sup>30</sup> que tienen como objetivo la eliminación de impuestos o barreras aduaneras, aumentar la competitividad de las empresas, y sumar mercados internacionales en forma conjunta<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> El mundo se encuentra dividido en bloques económicos, en organizaciones con funciones similares y son de “vieja generación” O sea, fueron integradas por países que, en su momento, (hace varias décadas) eran significativas para una cierta orientación de la economía mundial; todos bajo el manto visible o no, de las dos organizaciones mundiales financieras el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI). Al hablar de bloques económicos, es menester hacer alusión a algunos significativos como el actual G-8 que nació en el posguerra como G-5 (Inglaterra, Alemania del Oeste, Francia, Japón y Estados Unidos); se amplió agregando Italia y Canadá, que lo reclamaron, convirtiéndose en G-7 hasta que se incorporó Rusia, porque no podía pensarse un bloque económico (70% de países europeos) sin Rusia. Como organización con tintes fuertemente económico-financieros en 1948 se estableció la OCDE —Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico—, hoy integrada por 30 países denominados enfáticamente, el “club de los ricos” pero formado por países heterogéneos étnica y económicamente hablando; organismo —también más que sexagenario— y que con frecuencia ofrece a sus miembros “recetas” de todo tipo que en más de una vez esos (miembros) no adoptan porque fuera de la realidad en que realmente viven. ¿Cuánto durará? También puede mencionarse a la ASEAN —Association of South East Asia Nations— (Brunuei, Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia) establecida en 1967 y sucesivamente cambiada en APEC, al incluir países bañados por el océano Pacífico, incluyendo de esta manera a Estados Unidos) y 2) al conocido GATT (también sexagenario) transformado en OMC (Organización Mundial del Comercio. Una simple observación del modus operandi de dichos bloques informa que desde su formación hasta hoy, hubo pocos cambios o sea, tal parece que la revolución económico-financiera como parte de los nuevos tiempos y de la tecnología de la información, no los afectó, siguiendo en su camino sin la oportuna adecuación requerida por los tiempos; además, otro factor a considerarse y de importancia es el hecho de que en todos pesa en forma significativa la presencia de Estados Unidos, el país —económicamente hablando en PIB—, más importante del mundo que quierase o no ejerce su peso específico (14 trillones de dólares esperados en PIB para el año de 2007). Por otro lado, el continente europeo ya tiene una cara diferente de la que presentaba cuando se integró el G-7 (8); hoy la Unión Europea (27 países) 15 de los cuales han adoptado al euro hace pensar en que hay un limitado interés en el bloque que, por “tradición” parece quiera continuar. Mientras esto ocurrió, nuevas fuerzas económicas de países denominados “economías emergentes” han surgido en el mundo: léase 1) Mercosur (ya más que quinceañero) en América del Sur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay), un bloque económico con un PIB total superior a los mil 500 billones de dólares; 2) el bloque de los países Sudamericanos —13 en total— ya vinculados a los 21 países de la Liga Árabe y sin participación de Estados Unidos; 3) la próxima creación del Banco del Sur (Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y posiblemente Colombia) al cual el Banco Mundial dio la “bienvenida” no como competidor, sino como cooperador y dispuesto a compartir sus experiencias globales; 4) la anticipada liquidación de deudas con las dos organizaciones. ¿Qué decir de China e India? Todavía el mundo las conoce como economías en desarrollo y están invadiendo a los mercados mundiales con sus productos poniendo en aprietos a economías desarrolladas y sus reservas internacionales (China) que superan al trillón de dólares que ningún otro país del mundo tiene la “abundancia” de recursos líquidos existente en distintos países asiáticos, rusos y de Arabia ya constituyen la “reserva soberana” de los mismos y que participan en plataformas financieras mundiales llegando a afectar a las operaciones del BM y del FMI. Con referencia a estas dos instituciones, por diferentes fuentes financieras, se habla de su relativa necesidad hoy en día y en la próxima reunión internacional se discutirá, así se informa, sobre cuál de las dos debería tener el liderazgo en un próximo futuro. A su vez, el Fondo Monetario Internacional, hizo saber sobre una pérdida de presencia del mismo en naciones emergentes en cuanto a asistencia habiendo bajado a 0.45% del comercio mundial de 2% de hace 15 años. Y debe mencionarse otro bloque económico que está en vía de formalizarse y que abarcaría tres continentes: Europa, Sudamérica y Asia: se trata de cuatro países: Rusia, Brasil, China e India —el bloque que se conoce con la sigla BRIC—. Se trataría de un bloque de 2 mil 700 millones de personas (43% del total mundial), con un PIB total estimado para 2007 de 6 mil 300 billones de dólares (13% del total mundial) y reservas internacionales por más de mil 600 billones de dólares. Vid: MIZONI, A: *Los bloques económicos en evolución*, UAM, México, 1999

<sup>31</sup> Estos bloques regionales pueden organizarse como una unión aduanera, en la cual se eliminan todos los impuestos aduaneros entre los diversos países miembros; un mercado común, que tiene las características de una unión aduanera pero incluye, además, el intercambio de todos los factores de producción (salarios,

Sin embargo, como sostiene el profesor KATZ, esto ha provocado la polarización mundial de los ingresos que se confirma cuando la fortuna de tres multimillonarios sobrepasa el PBI de 48 naciones y cuando cada cuatro segundos un individuo de la periferia muere de hambre, resulta difícil, entonces, ocultar que el ensanchamiento de la brecha entre los países avanzados y subdesarrollados obedece a relaciones de opresión. Ya es indiscutible que esta asimetría no es un acontecimiento “pasajero”, ni será corregida por el “derrame” de los beneficios de la globalización. Los países periféricos no son sólo “perdedores” de la mundialización, sino que soportan una intensificación de las transferencias de recursos que históricamente frustraron su crecimiento.

El renovado interés, sostiene KATZ, que suscita el estudio del imperialismo está modificando el debate sobre la globalización, hasta ahora exclusivamente centrado en la crítica al neoliberalismo y el análisis de los rasgos novedosos de la mundialización. Una noción desarrollada por los teóricos marxistas de principios del siglo XX -que alcanzó gran difusión durante los 70- despierta nuevamente la atención de los investigadores, ante el agravamiento de la crisis social del Tercer Mundo, la multiplicación de conflictos bélicos<sup>32</sup> y la competencia descarnada entre corporaciones.

Nos encontramos ante dos problemas: por un lado, las relaciones de dominación vigentes entre los capitalistas del centro y los países periféricos y por otra parte, las vinculaciones prevalecientes entre las grandes potencias en cada etapa del capitalismo.

---

rentas, beneficios, intereses); o una unión económica, en la cual, a las características del mercado común se agregan la toma de decisiones en forma conjunta, con respecto a políticas fiscales, monetarias y socioeconómicas. Vid. VELTMEYER A- PETRAS, J.: *El Imperialismo en el Siglo XXI. La globalización desenmascarada*, Colección América Latina y el nuevo orden mundial. Ed. Porrúa, México, 2003

<sup>32</sup> A través de una red de 51 instalaciones en todo el planeta, las tropas norteamericanas realizan ejercicios que involucran desplazamientos simultáneos diarios de 60.000 efectivos en 100 países. Un objetivo siempre presente es la agresión contra Cuba, a través del sabotaje terrorista o algún renovado plan de la invasión. Este giro belicista se acentuó luego del 11 de septiembre, porque Estados Unidos apuesta a reactivar su economía mediante el rearme y tiene en carpeta planes de guerra contra Irak, Irán, Corea del Norte, Siria y Libia. Con el 5 % de la población mundial, la principal potencia absorbe el 40% del gasto militar total y se ha lanzado a reacondicionar submarinos, diseñar nuevos aviones y testear en un programa de “guerra de las galaxias” las nuevas aplicaciones de las tecnologías de la información. Este relanzamiento militar es la respuesta imperialista a la desintegración de estados, economías y sociedades periféricas, que provoca el creciente ejercicio de la dominación sobre la periferia. Por eso, la actual “guerra total contra el terrorismo” presenta tantas similitudes con las viejas campañas coloniales. Nuevamente se diaboliza al enemigo y se justifican masacres de la población civil en el frente y restricciones de los derechos democráticos en la retaguardia. Pero cuánto más se avanza en la destrucción del enemigo “terrorista”, mayor es la desarticulación política y social en los escenarios de este atropello. El estado general de guerra perpetúa la inestabilidad, provocada por la depredación económica, la balcanización política y la devastación social de la periferia. Estos efectos son muy visibles en América Latina y Medio Oriente, dos zonas que tienen relevancia estratégica para el Pentágono, porque detentan recursos petroleros y representan importante mercados frente a la competencia europea y japonesa. Debido a esta significación estratégica constituyen centros de la dominación imperialista y sufren procesos muy semejantes de desarticulación estatal, debilitamiento económico de la clase dominante local y pérdida de autoridad de los representantes políticos tradicionales. Cfr.: KATZ, C.: *El imperialismo del siglo XXI*. Ed. UBA, Bs. As 2003

¿Qué actualidad presenta esta teoría? ¿En qué medida contribuye a esclarecer la realidad contemporánea?

La polarización mundial de los ingresos confirma la importancia de esta concepción en su primer sentido. Este drenaje, ha provocado la duplicación de la miseria extrema en las 49 naciones más empobrecidas y mayores deformaciones en la acumulación fragmentaria de los países dependientes semi industrializados. En este segundo caso, la prosperidad de los sectores insertos en la división internacional del trabajo, se consuma en desmedro de las actividades económicas destinadas a los mercados internos. Veamos las cifras: 1.728 millones de consumidores, 2.800 millones de pobres. En el mundo, la sociedad de consumo la integran 1.728 millones de personas, el 28% de la población mundial: 242 millones viven en Estados Unidos (el 84% de su población), 349 millones en Europa Occidental (el 89% de la población), 120 millones en Japón (95%), 240 millones en China (apenas el 19% de su población), 122 millones en India (12%), 61 millones en Rusia (43%), 58 millones en Brasil (33%) y sólo 34 millones en el África subsahariana (el 5% de la población). En total, en los países industrializados, viven 816 millones de consumidores (el 80% de la población) y 912 millones en los países en desarrollo, solamente el 17% de la población del tercer mundo. Mientras los 1.728 millones de consumidores gastan diariamente más de 200 euros, hay 2.800 millones de personas que tienen que vivir con menos de 2 euros diarios y 1.200 millones de personas viven con menos de 1 euro diario en la extrema pobreza<sup>33</sup>.

Este análisis aporta una explicación de por qué la acumulación se polariza a escala mundial, reduciendo las posibilidades de nivelación entre economías disímiles. El mapa mundial ha quedado moldeado por una “arquitectura estable” del centro y una “geografía variable” del subdesarrollo, dónde sólo caben modificaciones del status periférico de cada país dependiente. De hecho, el mundo contemporáneo, está formado por mundos interrelacionados y diferenciados: uno formado por países con economías desarrolladas y regímenes democráticos estables; otro, integrado por países de características heterogéneas, en transición hacia economías desarrolladas y/o regímenes democráticos; y, por último, otro grupo integrado por países donde prevalecen fuerzas y valores neo-feudales, que no avanzan ni en dirección de la economía de mercado, ni hacia la democracia.

---

<sup>33</sup> Vid. BAUDRILLAD, JEAN: *La Sociedad de Consumo, sus mitos, sus estructuras*. Ed. Siglo XXI., Madrid, 2009, pgs 45 y sgs; SANTAMARTA FLOREZ, J.: *La sociedad de Consumo*, Madrid, 2005

La principal clave para la interpretación del mundo contemporáneo, es entender la aparente paradoja de un mundo global compuesto por realidades diferenciadas y contrastantes<sup>34</sup>.

El mundo cambió en la dirección de introducir nuevos actores y de aumentar la complejidad de las interacciones. La sociedad civil, estuvo en el pasado, exclusivamente orientada a contrapesar la acción del Estado. En las últimas décadas, trató también de contrapesar la acción del mercado. Quiere decir que hasta hace poco tiempo la sociedad civil fue siempre parte de la solución, pero nunca del problema. Pero hoy las cosas cambiaron: la sociedad civil es tanto parte de la solución como del problema<sup>35</sup>.

## **1.2) La ficción del ciudadano en la sociedad de consumo. Los excluidos**

Este proceso que hemos venido describiendo se traduce en una economía ya no basada en la acumulación sino en el derroche, en el goce de lo producido<sup>36</sup>, se trata de un capitalismo que “produce” sociedades de consumo<sup>37</sup>.

En este sentido, coincidimos con la tesis de BAUDRILLARD, así, sostenemos que el consumo se estructura como lenguaje, es decir: el consumo no trata con realidades: necesidades, satisfacciones, sino con signos. Ello hace que se puedan tratar de la misma manera las necesidades físicas y las de estatus. O mejor dicho, hallar la irrealidad de las primeras, en una sociedad de la abundancia<sup>38</sup>. Es decir, el objeto de consumo se traduce en un signo de poder, así, el capitalismo del siglo XXI fabrica las necesidades y todo se traduce, en definitiva, en una simulación colectiva que hace que la producción masiva sea sólo el inútil intento de recuperar lo real. La sociedad de consumo es, finalmente, un mito, un modo del “pensamiento mágico”. Creemos en adquirir libremente objetos que necesitamos y, en el fondo, no hacemos sino perpetuar un código totalitario productor

---

<sup>34</sup> Vid. KATZ, Op. Cit, pgs. 145 y sgs.

<sup>35</sup> Vid. *Informe de Comisión Latinoamericana en Globalización y Ciudadanía* 2004 CLAES Centro Latino Americano de Ecología Social, Montevideo D3E Desarrollo, Economía, Ecología, y Equidad en América Latina

<sup>36</sup> VASQUEZ ROCCA, A.: “Cultura, simulacro y régimen de mortandad en el sistema de los objetos”, en *Cuaderno de materiales*, disponible en: <http://www.filosofia.net/materiales/portada.htm>

<sup>37</sup> Entendemos por tal a “toda producción y gasto más allá de la estricta sobrevivencia, donde lo superfluo precede a lo necesario, donde el gasto precede en valor a la acumulación y la apropiación Vid. CARRASCO, A : “La sociedad de consumo: origen y características” en *Contribuciones a la Economía*, Ed. Universidad de Jaén, 2007

<sup>38</sup> Vid. al respecto: BAUDRILLARD, J.: Op. Cit. pg. 47

de diferencias sociales<sup>39</sup>. La sociedad de consumo, supone, entonces, la programación de lo cotidiano; manipula y determina la vida individual y social en todos sus intersticios; todo se transforma en artificio e ilusión al servicio del imaginario capitalista y de los intereses de las clases dominantes. El imperio de la seducción y de la obsolescencia; el sistema fetichista de la apariencia y alienación generalizada<sup>40</sup>.

Sin embargo, no todos pueden gozar de ese derroche, la pregunta obligada entonces es: ¿Por qué este acceso simultáneo a los bienes materiales y simbólicos no va junto con un ejercicio global y más pleno de la ciudadanía? Es que lejana quedó la idea de ciudadanía de las revoluciones políticas de finales del siglo XVIII<sup>41</sup> <sup>42</sup>, el apartamiento de las ideas universalizadoras, se traduce en consecuencia, en una etnización del discurso “globalizado”, contradictorio, al menos, que provoca aquel abismo hecho de pobreza del que habla INGRASSIA, así, la modernidad tardía, está sostenida y atravesada a la vez por una paradoja fundamental: como en el juego de niños de la cuerda, tensa. El capitalismo global tira de un lado unificando el mundo mediante el mercado, mientras una proliferación insólita de identidades más o menos cerradas lo divide por el otro. Por un lado, fenómenos impuestos como la fragmentación social y cultural, ciudadanías de

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ BRAVO, E.: “Sociedades de consumo” en <http://auladefilosofia.net/category/diario-de-lecturas/>

<sup>40</sup> DEBORD, G.: *La sociedad del espectáculo*, Ed. Pre –Textos, Valencia, 1999, pg. 51

<sup>41</sup> Con sus respectivas declaraciones de derechos: la *Declaración de Derechos de Virginia* de 1176, la *Constitución de Estados Unidos* de 1787, la *Declaración francesa de Derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, pero ha sido ésta última la que ha infundido un carácter universalista con la concepción de que los “hombres nacen libres e iguales en derechos. las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común” ella establecía, asimismo, el fin de toda sociedad política que no era otro que la “conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” Vid. al respecto GUTIÉRREZ ESCUDERO, A.: *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Ed. Araucaria, Sevilla 2005; JELLINEK, G.: *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Ed. Comares, Madrid, 2009

<sup>42</sup> Es menester también tener presente que el proyecto revolucionario de fines del siglo XVIII fue radicalmente Europeo. Asociado, por tanto, al hombre occidental blanco, por más que haya podido ser compartido por otras latitudes y etnias. Al fin y al cabo, en su línea impositiva, la modernidad consolida la propuesta de universalización. Aunque las constituciones latinoamericanas han seguido el modelo planteado por los movimientos europeos, con la consecuente imposición de un modelo universalizador, excluyente de la cosmovisión originaria, y negador de la individualización sociológica, con derechos fundados más en la diversidad que en la igualdad. Vid. VÁZQUEZ MEDEL, M. A.: “El proceso de subjetivación en la crisis de la modernidad”, en *Identidad y Alteridad*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994

Asimismo, se produjo un movimiento terminológico que aparentemente da reemplazo al término súbdito por el término ciudadano. Innegablemente este cambio en el discurso político está asociado a un punto de ruptura real en la historia de la institución de ciudadanía. Está asociado a la transición a un segundo y moderno modelo de ciudadanía. Este hecho, sin embargo, no debe impedirnos ver una continuidad tal vez más profunda y fundamental en el desarrollo del concepto desde fines de la época medieval. El sujeto se volvió de nuevo ciudadano pero en un mundo de aparatos de estados crecientes y reforzados, que a través de sus técnicas específicas produjeron un ciudadano disciplinado. Vid.: AZÓCAR, R.A.: *La revolución de la ciudadanía. Participación ciudadana y desarrollo en América latina*, Ed. Gaval, Caracas, 1998

segunda y tercera, derechos negados, relegación social, discriminación por género y color de piel, nihilismo, fanatismos identitarios, racismo. Un abismo de etnización salvaje de la precaria cuestión social en la globalización<sup>43</sup>.

El acercamiento al confort tecnológico y a la información actual de todas partes, coexiste entonces, con el resurgimiento de etnocentrismos fundamentalistas que aíslan a pueblos enteros o los enfrentan mortalmente, como a los ex yugoeslavos y a los ruandeses. La contradicción estalla, sobre todo, en los países periféricos y en las metrópolis, donde la globalización selectiva excluye a desocupados y migrantes de los derechos humanos básicos: trabajo, salud, educación, vivienda. El proyecto iluminista de generalizar esos derechos llevó a buscar, a lo largo de los siglos XVIII y XIX, que la modernidad fuera el hogar de todos. Al imponerse la concepción neoliberal de la globalización, las novedades modernas aparecen para la mayoría sólo como objetos de consumo, y para muchos apenas como espectáculo. Así, en definitiva, el derecho de ser ciudadano, queda restringido otra vez a las élites<sup>44 45</sup>.

Luego, el que no consume es sumido en la invisibilidad de la exclusión, “no existe”.

El consumo (reservado sólo para algunos), se caracteriza por ser efímero, inmediato, y la inmediatez provoca demanda, voracidad, que conlleva entonces a la producción de nuevos “objetos de deseo” de manera constante. Así, las fuerzas del mercado que dominan el mundo, afirman que son inevitablemente más fuertes que cualquier Estado-nación y tal afirmación es corroborada a cada minuto.

Tal como lo sostiene JAMESON, “Si las ideas de una clase dominante fueron en una época la ideología dominante (o hegemónica) de la sociedad burguesa, hoy en día, los

---

<sup>43</sup> INGRASSIA, F.: “El universalismo como universalización”, Conferencia en la Universidad de Sevilla, *Reilustrar la ilustración.: universalismo, ciudadanía y emancipación*, Sevilla 2006, inédita.

<sup>44</sup> GARCÍA CANCLINI, N.: *Consumidores y ciudadanos: conflictos multiculturales de la globalización*, Ed. Grijalbo, México, 1995, pg. 99

<sup>45</sup> Algunos autores prefieren hablar de “ciudadanía económica” por oposición a la “ciudadanía social”, entendiendo por tal aquella que ve protegidos sus derechos de primera y segunda generación, es decir, los derechos de expresión, asociación, reunión, los económicos, culturales y sociales, respectivamente. En este sentido CORTINA, sostiene que en un mundo global es necesario proteger una ciudadanía social cosmopolita, es decir los derechos de primera y segunda generación de todos los seres humanos. El fenómeno que se presenta ahora, es el de la ciudadanía llamada por CORTINA, intercultural, debido, por supuesto, al fenómeno migratorio, distinguiéndose así dos clases de ciudadanos: los de segunda, por pertenecer a una cultura distinta y, los otros, “los iguales” en cambio son de primera. Vid. MARSHALL T. “Ciudadanía y clase social” en *Revista española de investigaciones sociológicas*, n° 79, Madrid, 1997, Vid también: CORTINA, A.: *Ética, ciudadanía y modernidad*, conferencia en la Universidad de Chile, Mayo de 2003, disponible en: <http://www.accessmylibrary.com/article-1G1-144980664/conferencia-etica-ciudadania-y.html> Con todo, es menester tener presente el resurgimiento de las ideologías etnocéntricas que precisamente consideran al otro como inferior, y que en la mayoría de los casos va acompañada de xenofobia, con estereotipos diseñados a través de la dinámica de la utilización de un discurso constituido por estereotipos discriminatorios.

países capitalistas avanzados se han convertido en campo de una heterogeneidad estilística y discursiva carente de norma. Aunque amos sin rostro, siguen modelando las estrategias económicas que constriñen nuestra existencia, los mismos ya no necesitan (o no pueden) imponer su discurso; y la posliterariedad del mundo del capitalismo tardío no sólo refleja la ausencia de un gran proyecto colectivo, sino también la desaparición del antiguo lenguaje nacional”<sup>46</sup>.

GARCÍA CANCLINI, sintetiza en cinco las modificaciones socioculturales que, en este contexto, están ocurriendo en este siglo<sup>47</sup>:

- a) Un redimensionamiento de las instituciones y los circuitos de ejercicio de lo público: pérdida de peso de los organismos locales y nacionales en beneficio de los conglomerados empresariales de alcance transnacional.
- b) La reformulación de los patrones de asentamiento y convivencia urbanos: del barrio a los condominios, de las interacciones próximas a la diseminación policéntrica de la mancha urbana, sobre todo en las grandes ciudades, donde las actividades básicas (trabajar, estudiar, consumir) se realizan a menudo lejos del lugar de residencia y donde el tiempo empleado para desplazarse por lugares desconocidos de la ciudad reduce el disponible para habitar el propio.
- c) La reelaboración de “lo propio”, debido al predominio de los bienes y mensajes procedentes de una economía y una cultura globalizadas sobre los generados en la ciudad y la nación a las cuales se pertenece.
- d) La consiguiente redefinición del sentido de pertenencia e identidad, organizado cada vez menos por lealtades locales o nacionales y más por la participación en comunidades transnacionales o desterritorializadas de consumidores.
- e) El pasaje del ciudadano como representante de una opinión pública, al ciudadano como consumidor, interesado en disfrutar de una cierta calidad de vida. Una de las manifestaciones de este cambio es que las formas argumentativas y críticas de participación ceden su lugar a la simple acumulación de anécdotas que prevalecen sobre el razonamiento de los problemas, y la exhibición fugaz de los acontecimientos sobre su tratamiento estructural y prolongado.

A medida que este proceso avanza- consumo, flexibilización de los mercados y su desterritorialización, - se produce coetáneamente el debilitamiento de las instituciones

---

<sup>46</sup> JAMESON, F.: *Ensayos sobre el posmodernismo* Traducido por FERRE, R, Ed. Imago Mundi, Bs As, 1991, pg. 30

<sup>47</sup> Vid. al respecto: GARCÍA CANCLINI, N.: *Consumidores...* Op. Cit, pg. 29



jurídicas y políticas vinculadas a la ciudadanía, es que la soberanía se diluye en una compleja red de interdependencias en la que todo está controlado por el mercado global<sup>48</sup>. Bajo este domino, cada nación constituye un tipo de subjetividad que le es propio, pasamos de ser ciudadanos<sup>49</sup> a ser consumidores regidos por el poder de la globalización, donde lo único que interesa es precisamente el consumo, descartando a los que están por fuera de ese mundo. El proceso que hemos venido describiendo, genera en definitiva, un proceso que se traduce en el anatema: exclusión-inclusión. Así, y siguiendo a BARONE y MARTINEZ GÓMEZ podemos decir que el neoliberalismo impone lentamente, como parte de sus estrategias discursivas, la consigna: “(...) el que pueda pagar tendrá derechos y el que no, tendrá que acostumbrarse y resignarse a la exclusión social. Inmersos en esta dimensión, los ciudadanos se debaten entre mundos posibles, sin saber a ciencia cierta cuál es la realidad. Aparecen los opuestos dicotómicos inclusión / exclusión, revelando también ilusiones del lenguaje, porque no traducen la heterogeneidad o multiplicidad de configuraciones que producen en cada uno de sus anclajes. Exclusión implica, no sólo la carencia de atributos fundamentales para la inserción en el mercado, la falta de acceso a ciertos bienes y servicios y la condición de vulnerabilidad que presentan ciertos grupos, sino también la negación de ciudadanía, en otras palabras, carece del derecho a tener derecho. Exclusión y desigualdad forman parte indisoluble de las constelaciones discursivas. Las mismas son parte de un ‘proceso histórico’ a través del cual una cultura, por vía de un discurso de verdad, crea la interdicción y la rechaza. Paulatinamente se despoja a los individuos de su condición humana y se les impide su ejercicio ciudadano”<sup>50</sup>.

La modernidad capitalista es entonces también, la privación colectiva de la ciudadanía misma, la separación entre ciudadanos y no ciudadanos. Es, hoy, la pseudo ciudadanía de grandes masas periféricas, encerradas, sometidas, en el seno de pseudo naciones, por el imperialismo<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> CAMPUZANO A.J.: *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Ed. Dickinson, Madrid, 2003, pg. 46

<sup>49</sup> Aquí es necesario advertir que este concepto de ciudadanía se encuentra estrechamente vinculado a las ideas ilustradas y la revolución francesa que concibe al ciudadano como un sujeto racional en pleno ejercicio de sus derechos con la correspondiente carga de deberes para con el Estado del que forma parte.

<sup>50</sup> BARONE, R.- MARTINEZ GÓMEZ R.: *Globalización y posmodernidad. Encrucijada para las políticas sociales del nuevo milenio*. Ed. Universidad del Bío Bío, Chile, 2001.

<sup>51</sup> Lo que se refleja en la exclusión política de los migrantes indocumentados, Vid. LOGIUDICE, E.: Op. Cit, pg. 89

El ciudadano se transforma entonces en una mera ficción, se diluye en el concepto de consumo, los “otros”, son los “descartables” del siglo XXI.

Surge entonces una pregunta inevitable: ¿qué lugar ocupan hoy los excluidos del modelo que nos imponen? Es una pregunta que intentaremos responder más adelante.

### 1.3)- Estado de excepción

Hemos dejado el siglo XX con el discurso de un modelo neoliberal consolidado como tal, que en aras de la conquista democrática, todo lo puede, incluso lo que no debe, de manera, al menos, contradictoria. Con acierto, lo afirma el profesor argentino de la Universidad de Mar del Plata, RIQUERT “(...)nos dicen que hemos llegado a la cúspide de la civilización y si ésta fue alcanzada a través de este sistema, cuyos mejores tesoros a mostrar son (en teoría y por contraposición al declinante socialismo real) su democracia representativa, su positivización de los derechos humanos y su derecho penal y procesal penal respetuoso de las garantías individuales ¿cuál es el motivo de las continuas violaciones de esos derechos humanos? ¿Cuál es la necesidad permanente de recurrir a legislaciones de excepción que “limiten”, “restringan”, “suspendan” determinadas garantías individuales?”<sup>52</sup>, debemos responder a tales cuestionamientos: el control.

A contrario del mensaje que se ha pretendido imponer, lo cierto es que el inicio del siglo XXI nos deja frente a un hecho consumado: se ha produciendo un peligroso retroceso, se están violando elementales derechos y garantías y, el discurso capitalista se ha globalizado funcionando como estado de excepción moderno, generando el más poderoso estilo de gobierno imperial<sup>53 54</sup>.

---

<sup>52</sup> RIQUERT, F. –PALACIOS, L.: “El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”, en *Revista Univesitaria*. Ed La Ley, Buenos Aires, 2003 pg. 56

<sup>53</sup> Vid.: IMBRIANO, A.H-GRECCO, M.A.: *El estado de excepción y la violencia*, Ed. IJ Editores, Buenos Aires 2007

<sup>54</sup> La soberanía ha adoptado una nueva forma, compuesta de una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos por una sola lógica de mando. Esta nueva forma global de soberanía que denominan Imperio ha reemplazado al estado previo de imperialismo, que estaba todavía basado en el intento por parte de los Estados-nación de extender su soberanía más allá de sus fronteras. En contraste con lo que sucedía durante la fase de imperialismo, el actual Imperio no tiene un centro territorial de poder ni fronteras fijas: se trata de un aparato de mando descentralizado y desterritorializado que va incorporando progresivamente en sí, dentro de sus fronteras abiertas y expansivas, todo el ámbito global. Esta es la concepción de “Imperio” que proponen HARDT y NEGRI. Vid.: HARDT, M. – NEGRI, A.: *Imperio*, Ed. Paidós, Barcelona, 2002; *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Ed. Debate, Buenos Aires, 2004.

AGAMBEN, lo define como “(...) ese momento del derecho en el que se suspende el derecho (...) en el cual se suspende el orden jurídico, que se ha convertido durante el siglo XX en forma permanente y paradigmática de gobierno”<sup>55</sup>. La excepción es una especie de la exclusión. Es un caso individual que es excluido de la norma general<sup>56</sup>. Para AGAMBEN, uno de los elementos definitorios de este estado consiste en que está permitida la eliminación de categorías enteras de ciudadanos (no solamente adversarios políticos), que no son integrables al sistema político. El estado de excepción se posiciona, luego, como una suspensión del derecho por un periodo prolongado<sup>57 58</sup>.

En el marco de las sociedades del siglo XXI, el estado de excepción es utilizado como un instrumento atomizado de poder, la cultura de control, es la cultura del miedo, y el afán por conseguir la “seguridad” contra esos miedos, se constituye, precisamente, en el fundamento de la imposición del estado de excepción.

La declaración del estado de excepción, ha sido sustituida de forma progresiva, por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica habitual de gobierno o paradigma constitutivo del orden jurídico; el que- ya desde la Primera Guerra Mundial- habría sustituido la excepcionalidad de la situación militar por la económica. El estado de excepción constituye una tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida, de allí esta aporía se resume como sigue, sostiene AGAMBEN: “(...) si los procedimientos excepcionales son fruto de los períodos de crisis política y, como tales, han de ser comprendidos no en el terreno jurídico sino en el político-constitucional, acaban por encontrarse en la situación paradójica de procedimientos jurídicos que no pueden comprenderse en el ámbito del derecho, mientras que el estado de excepción se presenta como la forma legal de lo que no puede tener forma legal”<sup>59</sup>.

Los instrumentos de control y vigilancia, toman la forma entonces, de un complejo engranaje de prohibiciones y de reglamentaciones, que se legitiman por las amenazas

---

<sup>55</sup> AGAMBEN, G: *Estado de excepción*. Ed. A. H, Buenos Aires. 2007, pg. 6

<sup>56</sup> AGAMBEN, G.: *Homo sacer. El poder soberano de la nuda vida*, Ed. Pre-textos, Valencia, 2003, pg. 30

<sup>57</sup> Según la clasificación que presenta AGAMBEN en su texto, hay dos tipos de dictadura que caen en el estado de excepción: la comisarial y la soberana. La primera tiene por objeto defender o restaurar la constitución vigente, mientras que la segunda importa una total suspensión del orden jurídico, que se sustrae absolutamente a cualquier consideración sobre el derecho. La dictadura comisarial tiene en última instancia, la tarea de crear un estado de cosas que “consienta la aplicación del derecho”, por lo tanto, la suspensión supone una excepción concreta de un orden que se ha mantenido por un tiempo determinado

<sup>58</sup> GRIGGS, T.: “Otro Año de Excepción Las Ideas de Agamben a la Luz del 2007” en *Agenda Pública*, Buenos Aires, 2007, pg. 67

<sup>59</sup> AGAMBEN, G.: *Estado...* Op. Cit, pg 45

omnipresentes: se trata de luchar contra la delincuencia, de proteger nuestra salud, de aumentar la seguridad, de controlar la inmigración ilegal, de proteger a la juventud, de luchar contra la cibercriminalidad, etc. La experiencia muestra, sin embargo, cómo las medidas adoptadas al comienzo para unos pocos son enseguida extendidas para el conjunto de los ciudadanos. Una vez que el principio se admite, no hace falta más que generalizarlo<sup>60</sup>.

Coincidimos con AGAMBEN en su afirmación acerca de que tratan desde hace algunos años, de convencernos de que aceptemos como dimensiones humanas y normales de nuestra existencia prácticas de control que siempre habían sido consideradas como excepcionales y propiamente inhumanas<sup>61</sup>.

DAVID, en *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, destaca –coincidiendo con AGAMBEN– que el estado de excepción cumple con la función de transformar lo ilegítimo en legítimo<sup>62</sup>. BENJAMIN asimismo, señala que “la tradición de los oprimidos nos enseña que la regla es el estado de excepción en el que vivimos. Hemos de llegar a un concepto de la historia que le corresponda”, es decir, la excepción es en realidad, la estructura originaria que la funda y debemos leer los fenómenos del control desde esa perspectiva, desde la excepción pero convertida en regla<sup>63</sup>.

Como hemos visto, se imponen las reglas del libre mercado, el libre e irrestricto tránsito de información, de circulación de capitales, se pregonan la libertad, en “un mundo globalizado”. Las paradojas de este sistema, sin embargo, son ostensibles, una muestra más de sus contradicciones es que en este mundo libre y globalizado, la excepción también se aplica al tránsito y la permanencia de personas (en sitios que no sean los originarios). Así, ni lo uno ni lo otro, ni el tránsito ni la permanencia son tan libres, no cuando se trata del tránsito y de la permanencia del “otro”. Las políticas migratorias endurecidas, que hacen del “ajeno”, un sospechoso cuando no un delincuente, son una muestra de la declinación de las garantías, en aras de la seguridad, en este caso, exterior.

#### **1.4)- Las migraciones, las ciudades y la exclusión**

---

<sup>60</sup> BENOIST, A.: “Panóptico” en *Revista Elements*, Paris, 2004

<sup>61</sup> AGAMBEN, G.: *Estado...* Op. Cit, pg. 98

<sup>62</sup> DAVID, P.: *Globalización, prevención del delito y justicia penal*. Ed. Zavalía. Buenos Aires, 1999, pg 45.

<sup>63</sup> BENJAMIN, W.: *Tesis Sobre Filosofía de la Historia*, Ed. ABC, Buenos Aires, 1973, pg 34

Al mismo tiempo en que los espacios abiertos se han convertido en espacios cerrados, se producen migraciones masivas, transoceánicas, transfronterizas, intercontinentales, flujos migratorios de cientos de miles de seres humanos buscan integrarse, convertirse en “parte de”. Según lo publicado por la Organización Mundial para las Migraciones, nunca antes en la historia de la humanidad el número de personas que se traslada de un lugar a otro había sido tan significativo. “Actualmente hay cerca de 214 millones de personas viviendo fuera de su país de origen, lo que representa alrededor del 3,1% de la población mundial, 27 millones de desplazados internos en el mundo, 15, 2 de refugiados” Así, todos los migrantes juntos podrían constituir el quinto país más poblado del mundo<sup>64 65</sup>.

La principal causa de migración -entre otras como conflictos internos, guerras étnicas, inestabilidad política- es, fundamentalmente, económica. Migran hacia el viejo continente, hacia EE. UU, y en Latinoamérica migran hacia los centros urbanos, sin embargo, al otro lado de la frontera, del océano, o en los centros urbanos, se encuentran con el fenómeno de la exclusión.

Europa ha endurecido sus controles en las fronteras<sup>66</sup> desarrollando políticas migratorias restrictivas y criminalizadoras<sup>67</sup>, como bien afirma GÓMEZ MOVELLAN “En

---

<sup>64</sup> Vid.: “A propósito de la migración” disponible en: Organización Internacional para las Migraciones, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/3>

<sup>65</sup> El movimiento de personas a gran escala no ha cesado, y la migración irregular se ha convertido en uno de los problemas más acuciantes de nuestro tiempo. El tráfico de migrantes se equipara al narcotráfico como una de las fuentes más importantes para el crimen organizado. La trata de personas se ha vuelto una preocupación importante a nivel mundial. Los modernos sistemas de transporte y telecomunicaciones, incitan a más personas a movilizarse. Los pobres y no privilegiados pueden ahora ver con sus propios ojos la gran disparidad entre su nivel de vida y el de las personas más adineradas y con más privilegios en el mundo. Desde inicios de 2001, la economía mundial ha experimentado una recesión. Esto ha producido una presión en la baja de movimiento de la mano de obra, especialmente en los sectores de tecnología de la información, construcción y manufactura. Sin embargo, el impacto real de la recesión económica en términos de retorno de la fuerza laboral migrante a sus países de origen, todavía no se ha dado en una forma contundente. Sin embargo, la experiencia de la crisis financiera de 1999 en Asia, sugiere que la mayoría de los migrantes tiende a permanecer en el país de destino incluso tras un empeoramiento de las condiciones. La recesión temporal no siempre causa una perturbación considerable en los flujos migratorios ni los altera de manera significativa. Vid. *Ibidem* 52

<sup>66</sup> Tal política de endurecimiento, se lleva a cabo de manera férrea y en bloque, a través de una serie de pactos y tratados entre los países miembros de la Comunidad Europea, así encontramos por ejemplo: El Acuerdo Schengen que no es otra cosa que un reforzamiento de los controles de entrada, mediante el denominado Sistema de Información Schengen. El Convenio de Dublín (ahora Reglamento Dublín) en materia de Asilo que no significa otra cosa que restringir el derecho de asilo. El Reglamento Común de Visados, que básicamente significa el establecimiento de una lista cada vez más amplia de países para la imposición de visados para todo el territorio de la Unión Europea.

<sup>67</sup> Como es el caso de Italia, donde se introduce en su Código penal la estancia ilegal como delito. Estas políticas dejan a la Unión Europea fuera de los convenios y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos y no solo nos referimos a la “Convención internacional de derechos de los trabajadores inmigrantes”, que ningún país europeo ha suscrito, sino también a la misma declaración universal de derechos humanos y a su Pacto de derechos sociales, económicos y culturales, por no hablar de la Convención Internacional de Asilo.

realidad, en la Unión Europea, la política común de inmigración ha sido el corolario lógico de la supresión de fronteras interiores. Desde que se inició una política intergubernamental en relación a la inmigración, todo se ha encaminado a un reforzamiento de los controles de fronteras exteriores(...)En los últimos tiempos este rostro duro de Europa se está afeando aún más con el auge de los discursos claramente racistas sobre la superioridad cultural de “occidente” sobre otras civilizaciones o culturas: se está regresando a los discursos colonialistas de hace cien años y son discursos que ganan peso popular y respetabilidad. Se sobredimensiona la inmigración clandestina para justificar unas medidas de control de fronteras y de control interno de las migraciones muy duras. Los gobiernos europeos al olvidarse definitivamente de los problemas de integración socioeconómica de la inmigración laboral y adentrarse en un tratamiento de la inmigración meramente policial, de control de fronteras y de orden público se deslizan peligrosamente hacia una especie de nuevo autoritarismo bajo el pretexto de garantizar un control férreo de las migraciones”<sup>68</sup>.

Los esfuerzos físicos por impedir el ingreso de los migrantes se traducen en situaciones fácticas que parecían haber quedado en las crónicas de la historia, así, y aunque han pasado más de veinte años de la caída del muro de Berlín (que pareció marcar un importante punto de inflexión en el urbanismo del control) la cantidad de fronteras interestatales valladas es sorprendente. España tiene dos fronteras con sendas empalizadas en los enclaves de Ceuta y Melilla, que se hicieron tristemente conocidas tras los intentos masivos de migración de finales de 2005; Israel tiene una barrera de seguridad de más de 700 kilómetros de longitud alrededor de Cisjordania; las dos Coreas todavía no han acordado el derribo de la muralla que las separa físicamente desde 1953. La lista de *muros de la vergüenza* es interminable: India y Pakistán, Marruecos y Sahara Occidental, Arabia Saudí y Yemen, Botswana y Zimbabwe, Tayikistán y Uzbekistán y, por supuesto, Estados Unidos y México. Todas barreras que protegen a “unos” de la invasión de “los otros”<sup>69</sup>.

Los migrantes que logran “cruzar la frontera”<sup>70</sup> cargan con el estigma de “no ser”, y ese estigma los lleva a los márgenes de la ciudad. Esos márgenes se integran también por

---

<sup>68</sup>Vid. al respecto, GÓMEZ MOVELLÁN: “Políticas migratorias. Neoautoritarismo made in Europa”, en <http://www.inisoc.org/agomove.htm>

<sup>69</sup> SÁENZ de LACUESTA, U.: *La ciudad amurallada del siglo XXI*, Univ. del País Vasco, 2008

<sup>70</sup> Se trata de un nuevo concepto de frontera “La geometría de la desigualdad que antaño seguía un eje vertical se fragmenta hoy en una malla de relaciones horizontales. Las fronteras ya no son límites impuestos tras una guerra territorial, sino trazos calientes e inestables, zonas de fricción entre placas desiguales, entre mundos cualitativamente distintos e inconmensurables entre sí. Las fronteras son líneas

aquellos que en las nuevas ciudades y en este contexto, carecen del status de “consumidor”, el que no consume ya lo hemos dicho: es invisible, no existe, porque carece de capacidad adquisitiva no está integrado dentro de los márgenes, sino fuera de ellos, sobre los migrantes excluidos, recaen nominaciones despectivas bajo términos del tipo: “el sudaca”, “el mojado”, “el negro”, “el bolita”, “el cabecita negra” etc. Mientras que el inmigrante que adquiera capacidad de consumo, será un ciudadano, sí, pero de segunda categoría, será siempre “el otro”.

Como movimiento simultáneo, las grandes ciudades se van “cerrando” en esos espacios denominados barrios privados, que se han constituido en pequeñas ciudades dentro de la gran ciudad; sin embargo, mientras más se circunscriben a los espacios individuales, paradójicamente, más avanza la globalización, siguiendo las bellas palabras de NAVIA y ZIMMERMAN “las ciudades en sí ya no son los espacios maternos de un tiempo (o ideología anterior), sino el resultado de procesos que nos hacen huérfanos, vivimos en la desmadredad”<sup>71</sup>.

El exhibicionismo del Estado neoliberal concierne, entonces, diversas mutaciones, delimitación de espacios periféricos polarizados, la exclusión de los márgenes-asentamientos de pobreza estructural y de los nuevos pobres, a la vez que emplazamientos privatizados, espacios residenciales cerrados, custodiados, también delimitan una “frontera”, sus perímetros demarcan literalmente la polarización social, acompañados de un escenario bucólico y de un paisaje que garantiza, estética y ecológicamente, la pretendida naturalidad de los escasos pero poderosos sectores enriquecidos por la transformación político económica.

El arquitecto SÁNEZ de LACUESTA hace alusión a un fenómeno comparativo a la típica ciudad medieval “En la larga y oscura Edad Media existió una obsesión similar por la seguridad urbana, aunque, huelga decirlo, mucho más fundamentada en razones militares de supervivencia, fruto de las guerras entre señores feudales y reyes ansiosos por ampliar su territorio. La comparación entre las villas medievales y las comunidades

---

potencialmente ilimitadas en su extensión pero carentes de espesor, en cuyo diseño la realidad despliega tozudamente su astucia. A estas alturas, podemos afirmar ya que el modelo consuetudinario de control político, ejercido a través del espacio, no va a ser sustituido sin más por ningún sistema virtual. Por el contrario, el destino de ambos es entremezclarse, contaminarse mutuamente (...) los recursos de control territorial se perfeccionan y complementan con las nuevas herramientas propias de una globalización cuyas redes virtuales socavan y, a la vez, refuerzan los tradicionales dispositivos físicos y espaciales, con el resultado paradójico de que la destrucción del espacio moderno debido al desarrollo de esas mismas redes cibernéticas acaba suponiendo una extraña vuelta a la geopolítica”. Vid. PRIETO, E.: “Las tecnologías avanzan, los muros crecen” en: [http://www.belt.es/expertos/HOME2\\_experto.asp?id=4726](http://www.belt.es/expertos/HOME2_experto.asp?id=4726)

<sup>71</sup> NAVIA, P.- ZIMMERMAN, M.: “Urbi et Orbi” en *Las ciudades Latinoamericanas en el nuevo (des) orden mundial*; Ed. Siglo XXI, México, 2004, pg. 14

cerradas es inevitable y bastante ilustrativa del carácter poco progresivo de las segundas. No debe extrañarnos que el enclave geomorfológico ideal de ambas formas de crecimiento sea la isla, paradigma de la defensa y el aislamiento. De ahí que se hable del concepto de *isla destino* y del proceso de *insularización* social y urbana de los enclaves cerrados del siglo XXI, auténticos guetos de prosperidad introvertidos, sin ningún ánimo de continuidad con el tejido urbano existente”<sup>72 73</sup>

Este retorno a la ciudad medieval al que hace referencia SÁENZ de LACUESTA se encuentra estrechamente vinculado con la necesidad de aislamiento como forma de protección de los “otros”. Los que se encierran o se “enguetan” son los grupos que ejercen la hegemonía del poder, los sectores pudientes, en medio de enormes espacios cerrados, alejándose de los que revisten o representan “el peligro”. Como sostiene

---

<sup>72</sup> SÁENZ de LACUESTA, U.: Op. Cit.

<sup>73</sup> Autores como ECO, COLOMBO, ALBERONI, nos hablan de la “Nueva edad media”, presentándonos paralelismos entre aquella época y el siglo XXI. Así, afirman: Los ejércitos privados al servicio de los “señores de la guerra”, como se les llamaba en la Edad Media, tienen su paralelismo en la tribalización de las guerras actuales. En estos momentos, hay muchos conflictos que evidentemente no son una guerra clásica, en la cual existen bandos enfrentados, sino que hay una serie de pequeños ejércitos particulares de cada ciudad, con diferentes jefes pagados por individuos aislados, y que no obedecen a una estrategia general. Por eso es tan difícil llegar a acuerdos. Los acuerdos se plantean por la vía racional del sistema antiguo a través de interlocutores internacionales y de representantes del Estado. Pero lo que hoy funciona no son Estados, sino clanes, tribus, o a lo sumo ciudades enfrentadas entre sí. Este protagonismo de las ciudades también en un rasgo medieval. En la Edad Media los feudos, poco a poco, se convierten en ciudades que son las auténticas protagonistas, y en la actualidad también se están federando como se federaron entonces en la liga hanseática; se traspasan las barreras, tanto de regiones como de naciones, en esa descentralización paulatina que se va implantando. El estado-nación cada vez cuenta menos y se habla -por ejemplo- en el continente europeo, de la “Europa de Regiones” y de la “Europa de Ciudades”. La represión de los herejes es otro rasgo importante de la Edad Media. Todo aquel que pensara de distinta manera era eliminado, tras ser juzgado y acusado de hereje. Hoy se está dando esto mismo en la persecución, a veces artificial y a veces real, de los movimientos que se llaman sectarios. En la antigüedad, los grupos o sectas que se plantearon en el seno de las diferentes tendencias de la religión cristiana fueron innumerables, y aunque algunos simplemente se limitaban a subrayar algún aspecto de la doctrina, en otros casos se cometían verdaderas aberraciones, pero a todos sin excepción se les metía en el mismo casillero y se les acusaba igualmente de herejes. Ahora se está haciendo lo mismo con la persecución de lo que se ha dado en llamar “sectas destructivas”, integrando dentro de ellas a todo grupo que plantee algún tipo de alternativas o de nuevas perspectivas, y son perseguidas, no por una inquisición, sino que ahora la sociedad plantea otro tipo de inmolaciones. La manipulación de los medios de comunicación ha creado nuevos fantasmas de miedo y de terror, similares a los del Santo Oficio, pues se diabolizan igualmente los elementos y, con ello hay una condenación pública que convence a la gran mayoría. Eso produce, junto con la intransigencia que cada vez se da más en la Edad Media, una permanente descalificación: en el mundo medieval abunda esa opresión permanente o ese estado de agresividad que vive la sociedad. Esto se generaliza en una intolerancia total hacia cualquiera que piense de distinta manera que uno. Es un dogmatismo, ya sea en materia religiosa o política, que se palpa en el ambiente. Los castillos fortificados en la Edad Media, las murallas que aparecen en torno a ellos y al núcleo de población que los rodeaba, son fortificaciones que surgen ya en la época tardía, o sea, cuando empieza verdaderamente la Edad Media. Estos castillos fortificados tienen una correspondencia en la actualidad con los dispositivos de seguridad que cada vez proliferan más, ya sea en los edificios particulares o apartamentos, o en los organismos oficiales. Todos aquellos lugares donde puede residir el poder son sistemáticamente vigilados y filtrada toda persona que pueda tener acceso a ellos. Vid.: ECO, U-COLOMBO, F-ALBERONI, F.: *La nueva edad media*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2004; Vid. también: MOLINS, F.: *El retorno de la edad media*, Ed ABC Buenos Aires, 2001



SZAJNBERG, “Se trata de un estilo de vida que tiene escasas posibilidades de intersectar con otro diferente, excepto como panorama de ciudad. La intensísima segmentación (por clases, pirámides etarias, hábitos culturales, formas de diversión, ciclos intelectuales) de la ciudad lo permite, y todo un dispositivo de servicios se ha puesto a disposición de cada segmento en particular. Un mosaico quizá, pero cuyos elementos jamás o difícilmente se acrisolan”<sup>74</sup>.

Así, el fenómeno de los “country”<sup>75</sup> o “barrios cerrados” ha adquirido en los últimos años una relevancia insoslayable cuantitativa y cualitativamente, es un proceso urbanístico que viene contribuyendo a la construcción de la “ciudad amurallada”, en ella se articulan símbolos de prestigio y representaciones de la violencia urbana, las que arquitectónicamente se traducen en predios cercados vigilados y controlados, privatización del espacio, demarcación principal que separa y oculta, vuelve invisibles a los que no quieren ver ni ser vistos. Las periferias, especializan la desigualdad con la que se efectúa la localización de la globalización<sup>76</sup>. El fenómeno de la comunidad cerrada, se ha convertido en un artículo de consumo más, el “espacio residencial amurallado” plantea interrogantes en las formas y ritmos que adquieren estas nuevas manifestaciones de segregación socioespacial, resolviéndose dentro de un perímetro cerrado privado con acceso restringido, actividades de carácter público como ocio, recreación, esparcimiento, deporte, actividades sociales y cierto tipo de abastecimiento de bienes y servicios, lo que expresa en su más cruda faceta, el debilitamiento de los vínculos sociales y el carácter colectivo de la ciudad.

En esta trama que venimos describiendo y, como efecto destacable del proceso de globalización que atraviesa el rediseño del Estado, ha sostenido con acierto ANTONELLI que la desigualdad, en tanto violencia simbólica y material de nuevos enclavamientos, operaría como fuerza centrípeta cohesionado a diversos sectores sociales en las prácticas de inscripción de usos y asignación de significados a los

---

<sup>74</sup> SZAJNBERG, D.: *Guetos de ricos en Buenos Aires*, Ed. AZ Buenos Aires, 2000, pg. 9

<sup>75</sup> Nombre con el que se designa a los barrios privados cerrados, en Argentina, fenómeno asentado que crece aceleradamente a lo largo y ancho del país. Estos espacios cuentan con seguridad privada y cámaras de vigilancia. Emplazados en las afueras de las ciudades, se constituyen en micro urbanizaciones. La nominación que se les ha dado es sumamente llamativa o más bien gráfica: “country”, la traducción del inglés al español es: país. Como si se tratara de construir un pequeño “país”, con sus fronteras delimitadas y custodiadas.

<sup>76</sup> ANTONELLI, A.: “Espacios urbanos: tensiones entre el estado y “victimizados” en *Las ciudades Latinoamericanas en el nuevo (des)-orden mundial*, Ed. Siglo XXI, México, 2004, pg 141

espacios urbanos y, en el agrupamiento de un colectivo que integra diferentes actores excluidos en torno a demandas sociales<sup>77</sup>.

Existe, por tanto, y como hemos visto hasta aquí, una nueva polarización, basada fundamentalmente en el poder adquisitivo, los recursos en este contexto no se distribuyen, la ecuación es mucho más simple: se está dentro o se está afuera.

Sin embargo, subsiste en este paisaje que venimos describiendo una constante: Los que están “afuera”, aquellos que no han sido incluidos en ese nuevo orden mundial caerán, bajo el “ojo lombrosiano”- más que vigente en este siglo- de los aparatos de seguridad y prevención, de vigilancia y de control.

Pensamos, hasta aquí, que el ideario excluyente, darwiniano, y el Gran Hermano imaginado por Orwell cobran vida en los albores del siglo XXI, y que es en este contexto donde debemos analizar a la pena privativa de libertad. No sin antes analizar también el entramado de poder que la genera y la vivifica. Cuestionándonos al mismo tiempo si se trata de un ejercicio estereotipado continuo, o si por el contrario estamos ante una ruptura que produce el inicio de un nuevo ciclo punitivo de occidente.

## **2)-Sociedades en tránsito**

En el contexto que venimos describiendo, podríamos decir que vivimos en sociedades en “tránsito”, veamos por qué.

Estamos abandonando a la sociedad disciplinaria típica de la modernidad, avanzamos hacia la “sociedad de control”, ya no se trata de un “panóptico” unidireccional<sup>78</sup>, las nuevas tecnologías de control de la globalización así lo han permitido.

Instituciones típicas de la sociedad disciplinaria se ha dicho que están en crisis, continuamente escuchamos “la escuela está en crisis” “los hospitales están en crisis” “la prisión está en crisis”, sin embargo estas instituciones siguen en uso, pero “en crisis”. Es decir, no puede negarse esta realidad que por realidad es evidente, lo que sí no puede admitirse, en total coincidencia con las palabras del profesor madrileño FERNANDEZ VITORES, es que sigamos pensando esas instituciones conforme a los parámetros de la disciplina<sup>79</sup>, ello es una aporía<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> ANTONELLI, A.: Op. Cit. pg, 136

<sup>78</sup> REQUENA HIDALGO, J.: “De la Sociedad Disciplinaria a la sociedad de control. La incorporación de nuevas tecnologías a la policía”, en *Scripta Nova*, Universidad de Barcelona, 2004

<sup>79</sup> FERNANDEZ VITORES, R.: *Las sociedades del futuro*, Ed. Páginas de Espuma, Madrid, 2007

Discernir entre uno y otro tipo de sociedad, es clave para poder avanzar sobre la prisión en los albores del siglo XXI. Es necesario, en consecuencia, trazar las líneas de distinción entre una y otra, no sin antes dejar sentado que creemos que en el fondo, ambos tipos de sociedades, en esencia, conforman una unidad pero transformada. No cabe duda, como ya lo dijimos, que estamos dejando atrás la sociedad disciplinaria y ésta a su tiempo dejó atrás a la de soberanía, pero las tres significan al mismo tiempo sometimiento.

## **2.1)-La sociedad disciplinaria**

La sociedad disciplinaria se caracteriza por el dispositivo de encierro con el paradigma de la fábrica cuyo régimen y disciplina era aplicable a un manicomio, una prisión, un hospital. FOUCAULT la sitúa en su origen en el siglo XVII<sup>81</sup> y alcanza su apogeo en palabras de DELEUZE<sup>82</sup> en el siglo XX

La sociedad disciplinaria es propia del consolidamiento de la burguesía. Hacia fines del siglo XVIII, con el desarrollo del capitalismo, se consolida el objetivo de eliminar las formas de producción precapitalistas y las prebendas del “antiguo régimen”, esto implicaba la creación de grandes centros urbanos, de enormes contingentes de individuos que garantizaran la mano de obra necesaria para la producción masiva y extensiva, entonces fue necesario a su vez que las formas de control también se perfeccionaran<sup>83</sup>.

Luego, la disciplina aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos de utilidad) y disminuye esas fuerzas (en términos políticos de obediencia). En una palabra: disocia el poder del cuerpo; de una parte, hace de este poder una “aptitud”, una “capacidad” que trata de aumentar, y cambia por otra parte la energía, la potencia que de ello podría resultar, y la convierte en una relación de sujeción estricta. Si la explotación económica

---

<sup>80</sup> Es que las instituciones de la sociedad disciplinaria no cumplen ya con las funciones que le fueron asignadas, se sigue creyendo que en la escuela se enseña, que se cura en el hospital, y que en las cárceles se reforma o rehabilita. Pero sabemos que ello no es así, lo comprobamos cotidianamente, hoy sabemos que la escuela es más un centro de contención que de aprendizaje, refiriéndonos específicamente a la prisión, sabemos que es sinónimo de “no lugar” donde la estancia es un peregrinar y la permanencia sinónimo de muerte. Ya no se encierra para la fijación.

<sup>81</sup> Vid. FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, México, 2002, pg.141

<sup>82</sup> Su obra ha influido en el arte y la literatura del último medio siglo, clasificado unas veces dentro del posmodernismo y otras en el estructuralismo. Fue profesor de filosofía de la Universidad de París. Como teórico ha desempeñado un papel determinante en el saber contemporáneo aunando en un mismo plano del análisis la filosofía, el arte, la literatura, la ciencia y otros discursos. .

<sup>83</sup> Vid. ORTIZ ORELLANO, E.: *Sociedades disciplinarias, actualidad omnisciente*, Ed. Siglo XXI, México 2003

separa la fuerza y el producto del trabajo, digamos que la coerción disciplinaria establece en el cuerpo el vínculo de coacción entre una actitud aumentada, una dominación acrecentada. La sociedad disciplinaria, entonces, mediante minuciosos mecanismos, distribuye espacial y temporalmente los cuerpos en aras de la vigilancia, el castigo, la productividad y la eficacia. La disciplina, luego, es considerada como un tipo de poder, que se practica sobre los cuerpos formándolos con técnicas rigurosas como la sanción y la exploración, las cuales son aplicadas desde distintas instituciones, esto implica todo un conjunto de discursos donde a la persona, se le enseña qué debe pensar y cómo debe actuar, de esta forma se está controlando y seleccionando individuos, con el objetivo de conjurar poderes. La disciplina no es de exclusividad de una institución, ni mucho menos de ella misma, es una forma de ejercer poder, por ese motivo la disciplina la ubica dentro de una “anatomía del poder”<sup>84</sup>.

La disciplina es típicamente correctiva, de adiestramiento, por tanto, ya no se caracteriza por la brutal exposición de la violencia, como ocurría en el antiguo régimen, sino que por el contrario se trata de una violencia “circumscripita”, localizada, dirigida, “encaminada a”: “corregir”, “adiestrar”, del ejercicio de la violencia para “disciplinar”.

El tránsito vivencial de un sujeto, en este contexto, transcurre de una sociedad disciplinaria a otra, de la familia, a la escuela, a la fábrica, al cuartel, contingentemente al hospital, y como sociedad disciplinaria por excelencia, se sitúa a la prisión en la cúspide de esta especie de escala ascendente.

Para FOUCAULT, el poder disciplinario tiene por finalidad producir “cuerpos disciplinados”, domesticados, pues bien, el cuerpo humano entra en un mecanismo de poder que lo explora, lo desarticula y lo recompone. “Una ‘anatomía política’, que es igualmente una ‘mecánica del poder’<sup>85</sup>; define cómo se puede hacer presa en el cuerpo de los demás, no simplemente para que ellos hagan lo que se desea, sino para que operen como quiere, con las técnicas, según la rapidez y la eficacia que se determina. La disciplina fabrica así, cuerpos sometidos y ejercitados, cuerpos dóciles<sup>86</sup>. Se trata de un ejercicio de vigilancia sobre los cuerpos, de biopolítica.

La disciplina, se traduce entonces en un “conjunto de técnicas de control corporal que apuntan a una cuadrícula del espacio y del tiempo buscando, con la mayor economía, reducir la fuerza del cuerpo en tanto fuerza política y maximizarla como

---

<sup>84</sup> FOUCAULT, M: *Vigilar...* Op. Cit. pg.134

<sup>85</sup> FOUCAULT, M: *Vigilar...* Op. Cit, pg. 142

<sup>86</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Ct pg 141

fuerza económica. De allí en más, un espacio analítico y celular, dentro de una sociedad compleja y confusa, que busca ubicar, clasificar y, por fin, vigilar y castigar, es decir, la disciplina es una economía política del detalle que produce 'individuos' y hace de esta producción individualizante un método de dominación<sup>87</sup>.

En las sociedades disciplinarias el individuo, es, entonces, un objeto al que hay que modelar, pero esa individualización es al mismo tiempo masificante, ambas notas: individualidad-masa, nunca implicaron para la disciplina una incompatibilidad porque el poder es al mismo tiempo masificador e individuante, es que el objeto de la disciplina es producir almas dóciles, sin más: trabajadores<sup>88</sup>.

El poder es entonces expresado como un control que se extiende por las profundidades de las conciencias y cuerpos de la población y, al mismo tiempo, a través de la totalidad de las relaciones sociales<sup>89</sup>. Es en este sistema, que puede pensarse en una fijación espacial de los cuerpos para un aprovechamiento óptimo del tiempo en términos económicos y, de explotación de sus fuerzas disponibles. Por otra parte, el poder punitivo en este tipo de ejercicio es inmediato, ya que la vigilancia es constante y anónima; es decir que está despersonalizado. Aparece entonces una concepción del "hombre útil", en tanto se intenta maximizar las potencialidades del sujeto en su multiplicidad<sup>90</sup>.

Ahora bien, FOUCAULT, encuentra que el papel de la familia es esencial para la implementación de esta modalidad de ejercicio del poder. En ese sentido, plantea que la familia es la célula elemental del poder soberano. Es en la figura del padre en que se concentra el ejercicio del poder soberano ya que es un poder corporizado, no es anónimo, tiene apellido. De esta manera, la familia funciona como una instancia de coacción que va a fijar permanentemente a los individuos a los dispositivos disciplinarios. Así, sostiene BENÍTEZ: "Cuando se produce un desarme en la institución familiar, el sistema disciplinario funciona como un sustituto que, si bien, no suple las funciones familiares, intenta mediante las instituciones disciplinarias (como los orfanatos, la asistencia social) reconstruir la idea correctiva que proviene del vínculo

---

<sup>87</sup> TERAN, O.: *Discurso, poder y subjetivación*, Ed. Luz Bs. As, 1995, pg. 25

<sup>88</sup> FERNANDEZ VITORES, R.: Op. Cit, pg 98

<sup>89</sup> HARDT, M- NEGRI, A.: *Imperio*, Ed Paidós, 2002

<sup>90</sup> BENITEZ, M.: *El panoptismo como forma del poder disciplinario en relación con la función del súper yo en la neurosis obsesiva*. Inédito.

familiar. Por otra parte, en función de una disciplinarización de los obreros, pueden entenderse los intentos de reconstrucción familiar que operan en el siglo XIX<sup>91</sup>.

Sin embargo, la disciplina no debería ser identificada, como hemos dicho, con una institución ni con un aparato; es un tipo de poder, una modalidad de su ejercicio, que abarca toda una serie de instrumentos, técnicas, procesos, niveles de aplicación, objetivos; es una física, una anatomía o una tecnología del poder. Y podría ser asumida bien por instituciones “especializadas” (las penitenciarias o “casas de corrección” del Siglo XIX), bien por instituciones que lo utilizan con un instrumento esencial para un fin particular (escuelas, hospitales), por autoridades pre-existentes que encuentran en ella una forma de reforzar o reorganizar sus mecanismos internos de poder; o por aparatos que han hecho de la disciplina su principio de funcionamiento interno (la disciplinarización del aparato administrativo desde el periodo napoleónico), o finalmente por los aparatos estatales cuya mayor función, si no la única, es asegurar que la disciplina reine sobre la sociedad. El disciplinamiento entonces, fijó individuos dentro de instituciones y la pena privativa de libertad, dentro de este contexto de disciplinamiento, aparece como un medio más, como el más elevado medio de sujeción<sup>92</sup>.

## **2.2) La sociedad de control**

A diferencia de la disciplina, el control opera por exclusión, es excluyente, y el castigo que impone no permanece ligado a un cuerpo y a un lugar, sino que se agota en el no-lugar del tránsito. En las sociedades de control no se cura ni se reforma a los hombres, se les distribuye, facilitando su dispersión y, en última instancia, su desaparición. Lo que define a la sociedad de control es la administración de la violencia. Se trata de una violencia distributiva, que en vez de modificar conductas y producir capacidades, asigna lugares a cada tipo de conducta y capacidad, pone límites “por fuera”, pero no intenta reformar almas ni cuerpos. Frente a las fuerzas centrípetas que configuran el mundo humano en las sociedades disciplinarias, las fuerzas que lo dominan, en las sociedades de control, son centrífugas. Los hombres son perfectamente prescindibles en éstas. Con una metáfora magistral, FERNANDEZ VITORES grafica la existencia del hombre en

---

<sup>91</sup> BENITEZ, M.: Op. Cit.

<sup>92</sup> Según FOUCAULT, el ser humano constituye una materia prima, como la tierra o los recursos naturales, que los agentes con poder se esfuerzan en potenciar para extraer todos los beneficios posibles.

las sociedades de control, “el hombre ya no está encerrado, el hombre está hipotecado”<sup>93</sup>.

HARDT, por su parte, sostiene que la sociedad de control (imperial y postmoderna) se caracteriza por la corrupción -sin darle a tal concepto una significación moral o apocalíptica-. Hay que concebirlo, afirma HARDT, a la manera de Aristóteles, como el proceso inverso de la generación, como un devenir de los cuerpos, un momento en el vaivén de la formación y de la deformación de las subjetividades- entonces hay que pensarlo según su etimología latina: *corrumpere*, estropear. Si la máquina capitalista sólo funciona estropeándose, la sociedad de control también se estropea, y no funciona más que estropeándose. He aquí su corrupción”<sup>94</sup>.

Así es que, como característica típica de las sociedades de control, podemos decir que es la crisis constante, un entramado de contrariedades, la antípoda de lo que ocurría con la sociedad moderna, que como afirma HARDT, estaba caracterizada por una contradicción bipolar y una división maniquea, un ejemplo de ello fue la guerra fría o el modelo moderno del racismo. La sociedad de control, al contrario, no está organizada alrededor de un conflicto central sino en una red flexible de micro-conflictualidades”<sup>95</sup>.

Las contradicciones en la sociedad imperial son múltiples, proliferantes. Los espacios de esta sociedad son impuros, híbridos. El concepto que la caracteriza es, entonces, ya no la crisis sino la *omnicrisis*; o bien, la corrupción, en palabras de HARDT.

DELEUZE consigna que en estas sociedades, el individuo se torna en una cifra, una contraseña, en tanto que las sociedades disciplinarias están reguladas mediante consignas, tanto desde el punto de vista de la integración como desde el punto de vista de la resistencia a la integración. Ya no estamos ante el dualismo “individuo-masa”. Los individuos han devenido “dividuales” y las masas se han convertido en indicadores, datos, mercados o “bancos”. En el lenguaje numérico de control, las cifras marcan o prohíben el acceso a la información<sup>96</sup>, tarjetas de crédito, credenciales de identificación, firmas electrónicas, passwords, claves secretas, objetos codificados de forma abstracta e intangible, instrumentos de intercambio incorpóreo. Sistemas de nuestra propia vigilancia que sirven para clasificarnos y categorizarnos. Sólo si poseemos un código

---

<sup>93</sup> FERNANDEZ VITORES, R.: Op. Cit, pg. 34

<sup>94</sup> HARDT, M.: Op. Cit

<sup>95</sup> HARDT, M.: “La sociedad mundial de control” Texto presentado en los “Encuentros Internacionales Gilles Deleuze” realizados en Sao Pablo y Rio de Janeiro entre el 10 y el 14 de junio de 1996, y publicados en el recopilatorio *Gilles Deleuze Una Vida Filosófica*, bajo la dirección de ALLIEZ, E. La versión castellana de estos encuentros fue publicada bajo la dirección de Ernesto Hernández por Euphorion y la Revista *Sé Cauto*, Cali, 2002.

<sup>96</sup> DELEUZE, G.: Op. Cit. pg. 89

autorizado podemos vivir, y esto incluirá la huella retinal o la secuencia del ADN. Para quienes tengan códigos erróneos -códigos de barras, códigos postales o códigos de ADN- la vida puede ser una confusión kafkiana de criterios opacos, incertidumbre y estatus de segunda clase<sup>97</sup>

Quizá es el dinero, afirma DELEUZE, lo que mejor expresa la distinción entre estos dos tipos de sociedad, ya que la disciplina se ha remitido siempre a monedas acuñadas que contenían una cantidad del patrón oro, mientras que el control remite a intercambios fluctuantes, modulaciones en las que interviene una cifra: un porcentaje de diferentes monedas tomadas como muestras<sup>98</sup>.

Ahora bien, no puede pensarse la sociedad de control sin pensar al mismo tiempo en el mercado mundial, son accesorios el uno del otro. El mercado mundial, según MARX, es el punto de partida y el punto de llegada del capitalismo<sup>99</sup>. Con acierto afirma HARDT, la sociedad de control toca finalmente este punto, el punto de llegada del capitalismo. “Como el mercado mundial, ella es una forma que no tiene afuera, sin fronteras, o mejor aún, con límites fluidos y móviles (...) la sociedad de control es ya, e inmediatamente, una sociedad mundial de control<sup>100</sup>”.

En este contexto, la transformación del capitalismo de manufactura al capitalismo financiero, del que hacíamos mención anteriormente, ha provocado, en consecuencia, una necesidad distinta, así los cuerpos empiezan a no ser cuerpos disciplinados, sino observados, se desenvuelven en la vigilancia de los espacios libres, y el arquetipo trabajador no es ya más un centro de atracción. Las típicas instituciones disciplinarias objeto de la corrupción de la que habla HARDT, han perdido su sentido de fijación para transformarse en medios de, precisamente, control, como si hubiese una liberación de la sociedad disciplinaria, es decir, como si la vigilancia se fragmentara, se pulverizara.

Sin embargo y, como si se tratara de una contrariedad, el control atomizado es más intenso, tal y como lo afirma SANTIAGO, cada vez que usamos la tarjeta de crédito, cada vez que enviamos un e-mail o que miramos una página de internet, vamos dejando

---

<sup>97</sup> Vid. BAÑUELOS, J.: “Videovigilancia en la sociedad panóptica contemporánea” en *Razón y palabra*, N° 31, Ed. Siglo XXI, México, 2006

<sup>98</sup> DELEUZE, G.: Op. Cit, pg. 22.

<sup>99</sup> “Es el comercio el que hace que el producto se convierta en mercancía, en parte creándole un mercado y en parte introduciendo nuevos equivalentes de mercancías y haciendo afluir a la producción nuevas materias primas y materias auxiliares y abriendo con ello ramas de producción basadas de antemano en el comercio, tanto en la producción para el mercado interior y el mercado mundial como en las condiciones de producción derivadas de este.” MARX, C.: *El Capital*, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1980, Tomo III, pg. 357

<sup>100</sup> HARDT, M.: Op. Cit



rastros, huellas. Vamos diciendo qué consumimos, con qué nos entretenemos, qué opinión política cultivamos. Y cuanto más dentro del grupo de pertenencia está un individuo, más se multiplican sus rastros. Todo eso forma parte de un enorme archivo virtual. No se nos confina en ningún lugar, pero somos permanentemente “ubicables”. Así el autor citado nos dice, “(...) No hacemos el servicio militar ni somos convocados a participar en el ejército. Pero vivimos “militarizados” por el miedo que los medios de comunicación nos infunden de que las “bandas urbanas” nos asesinen por un par de zapatillas<sup>101</sup>.

En general, entonces, la sociedad de control se caracterizaría por el ejercicio difuso del poder, que, a diferencia de la sociedad disciplinaria, se extiende a todo el espacio y ya no pasa prioritariamente por instituciones normativas y autoritarias que actúan externamente sobre la voluntad individual, sino que consiste más bien, como afirma LOPEZ PETIT, “(...) en una red flexible que constituye a los ciudadanos y los implica en sus estrategias globales, movilizándolos a través de las respectivas tácticas locales. Para que el sistema funcione “desde dentro”, se requiere que la movilización general no se produzca de forma impositiva desde un centro o torre de control, sino que el sujeto movilizado debe convertirse desde su cuadrícula correspondiente en colaborador activo (llegado el caso, en delator), en microcentro o centro subsidiario, en estación repetidora y amplificadora del ruido informativo y del “discurso de verdad”, para lo cual necesita una libertad de movimientos, una autonomía, que el esquema disciplinario no permite con facilidad”<sup>102</sup>.

En esta transformación, la introducción de nuevas técnicas de información ha sido clave.

## **2.2.a) La vigilancia y el control**

Estamos dejando atrás el ideario del panóptico de BENTHAM para dar paso al “ojo atomizado” orweliano<sup>103</sup>, que todo lo ve, donde no hay límites para la visibilidad. En

---

<sup>101</sup> SANTIAGO, G.: *Intensidades Filosóficas*, Ed Paidós, Buenos Aires, 2007, pg. 45

<sup>102</sup> LOPEZ PETIT, S.: *Reflexiones en torno a la sociedad de control*, disponible versión web en: <http://www.sindominio.net/laboratorio/documentos/fulkro/control.htm>

<sup>103</sup> El Gran Hermano, es en la novela de ORWELL, la cabeza de un régimen totalitario que vigila y controla la vida de las personas en todo momento. La historia escrita durante la primera mitad del siglo XX, anticipa cómo será Londres en 1984. Orwell refleja un futuro en el que una dictadura totalitaria interfiere hasta tal punto en la vida privada de los ciudadanos que resulta imposible escapar a su control. En la trama de la novela, la ciudad es manejada por un régimen autoritario que controla todo y está dirigido por el Gran Hermano, el líder con figura casi divina que todo lo supervisa y vigila los

este sentido, ha habido, sin duda, un hecho que ha marcado una inflexión definitiva en este contexto, y ha sido el atentado a las torres gemelas de Nueva York del 11 de septiembre de 2001. Como lo afirma VIRILIO, “(...) si el miedo es el ingrediente básico de lo fantástico, la administración del miedo público que debutó hace unos cuarenta años con el equilibrio del terror, retoma servicio activo desde el otoño de 2001”<sup>104</sup>.

En todas partes hay “enemigos” fácilmente detectables a través de la tecnología de la vigilancia<sup>105</sup>, la interceptación de llamadas telefónicas sin orden judicial<sup>106</sup>, la informatización de los datos personales de cientos de miles de personas, la implementación de videocámaras en los conglomerados urbanos, los programas informáticos que permiten el chequeo de los correos electrónicos en busca de palabras claves que puedan significar la eventual posibilidad de un “complot” terrorista (esa ha sido al menos la justificación “oficial”) , son algunas de las técnicas de control que se han implementado ya desde hace unos años. Pero las sociedades de control son

---

movimientos de los individuos. El personaje principal es Winston Smith un hombre que desde hace años trabaja el Ministerio de la Verdad hasta que un día se rebela contra el sistema ya que éste no respeta la intimidad ni el libre pensamiento. Vid. ORWELL, G.: 1984, (*El gran hermano*) Ed. P. L. Buenos Aires, 2000

<sup>104</sup> VIRILIO, P.: *Ciudad pánico. El afuera empieza aquí*. Ed. Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2006, pg. 91.

<sup>105</sup> Bajo una orden presidencial en 2002 se dispuso bajo la esfera de la denominada Agencia de Seguridad Nacional seguimiento a las llamadas telefónicas internacionales y mensajes de correo electrónico internacionales de cientos, quizá miles, de personas dentro de Estados Unidos sin orden judicial. El programa de la NSA llega a hogares y empresas de todo el país recolectando información sobre las llamadas de los estadounidenses comunes – la mayoría de los cuales no son sospechosos de ningún delito. El gobierno cuenta también con una información detallada acerca de las llamadas que se hicieron a lo largo de cada ciudad del país a los miembros de la familia, compañeros de trabajo, contactos comerciales, etc. Constituyendo así la base de datos de llamadas y contactos electrónicos más grande del mundo. Vid.: CAULEY L.: “NSA has massive database of Americans’ phone calls” en USA Today, 11 de Mayo de 2006: [http://www.usatoday.com/news/washington/2006-05-10.nsa\\_x.htm](http://www.usatoday.com/news/washington/2006-05-10.nsa_x.htm)

<sup>106</sup> Famosa por su efectividad es la denominada Red Echelon, un sistema automatizado de escuchas sea cual sea su porte, teléfono, fax, mail, satélites, etc. Este sistema ha sido puesto en funcionamiento desde hace más de 20 años por los países anglosajones: EE. UU, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda. Esta red es controlada por la Agencia de Información Electrónica Norteamericana. La red utiliza tecnologías de reconocimiento vocal para hallar automáticamente palabras claves en las conversaciones bajo vigilancia. Las palabras claves son seleccionadas en función de las coyunturas y los objetivos del momento. La técnica de escucha es automatizada, así pueden analizarse 2 millones de conversaciones por minuto. Cada día se interceptan 4,3 mil millones de comunicaciones, es decir, casi la mitad de las 10 mil millones de llamadas que se calcula, se hacen diariamente en el mundo. La existencia de esta red fue revelada por los medios de comunicación social recién en 2001, en ocasión de un informe del Parlamento Europeo, en el que se reprochaba a Echelon de violar el carácter privado de las comunicaciones de no americanos, así como gobiernos, sociedades y ciudadanos europeos. Vid. “Libertad bajo vigilancia electrónica” en: <http://www.syti.net/ES/BigBrother.html>, Vid también: “EE.UU. espía con satélites a empresas de Europa” en: <http://buenosaires-links.com.ar/memo/recortes/echelon1.htm>.; MAAG, P.: VV.AA.: *Echelon, la red de espionaje planetario*, Ed. Melusina, Madrid, 2007

maquinarias de producción de miedos y de dispositivos para enfrentarlos<sup>107</sup>, y el miedo ya no se limita al “temor de atentados terroristas” sino que se extiende también a la denominada delincuencia callejera, a la delincuencia común. La concentración del miedo en las ciudades constituye el signo distintivo de una era en que el pánico urbano desplazó el poder militar de la guerra y el carácter político de la ciudad, sostiene VIRILIO. En consecuencia, esto ha hecho, de la privacidad, una moneda poco corriente, produciéndose la inversión del espacio privado en espacio abierto<sup>108</sup>.

De manera que, la referencia más constante en relación a las sociedades de control, es la vigilancia, que está, en esta era, más relacionada con tecnologías que con instituciones, al punto que las primeras rompen los tabiques de las segundas. En su vínculo con las tecnologías electrónicas, la vigilancia parece ser un fenómeno general que requiere ser problematizado, porque en la teoría *foucaultiana* construía un armazón eficaz junto con el control del espacio, del tiempo y del movimiento de los cuerpos. Hoy, la vigilancia ha podido soltarse del amarre institucional y reconfigura, en consecuencia, el paisaje de la disciplina<sup>109</sup>. Ese universo ha sido reconfigurado a través de las tecnologías de la vigilancia, a las que hacíamos mención, que son las tecnologías del poder en el amplio sentido: poder como relaciones humanas y como una maquinaria de la supervivencia que cobra su máxima expresión en las tecnologías de la guerra, es decir, en una sociedad militarizada. La exigencia de una seguridad vigilada, de un estatuto de vigilancia permanente, parte de la premisa de que a mayor vigilancia mayor supervivencia. Es un concepto cerrado en donde quien no comparte los códigos de seguridad está perdido y no entra el diseño de la supervivencia. Quien no tiene un número de identificación y un soporte para demostrarlo, simplemente no existe para el sistema. El orden y el progreso se realizan mediante los discursos del poder, que finalmente se expresan en un régimen de control y castigo<sup>110</sup>.

Una vasta red de sistemas inteligentes interconectados permite, actualmente, seguir el mínimo comportamiento de millones de personas en el tiempo y en el espacio. El pronóstico es escalofriante. En un tiempo no muy lejano, todos los ciudadanos de esta

---

<sup>107</sup> GALEANO, D.: “Gobernando la seguridad entre políticos y expertos” en *Tiempos Inclementes. Culturas policiales y seguridad ciudadana*. Colección Planificación y políticas públicas, Ed. De la Universidad de Lanús, Buenos Aires, 2005, pg. 120

<sup>108</sup> En Noviembre de 2009 los ministros del interior de la Unión Europea aprobaron un acuerdo temporal de nueve meses de duración que permitieron al gobierno de EE. UU mantener el acceso a los datos financieros de Swift, consorcio bancario que supervisa las transacciones internacionales para investigaciones antiterroristas.

<sup>109</sup> Vid.: RODRIGUEZ, P.E.: *Qué son las sociedades de control*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2005

<sup>110</sup> BAÑUELOS, J.: Op. Cit. pg. 46

aldea global estaremos siendo vigilados en nuestros hábitos cotidianos, preferencias alimenticias, conversaciones, confesiones, intimidades amorosas, encuentros y desencuentros. Al parecer -y hasta nuevo aviso- sólo los pensamientos no expresados podrán resguardarse, sostiene con acierto ZIMMERMAN<sup>111</sup>.

El ejemplo más impactante lo dio un documento presentado en la XXIII Conferencia Internacional sobre Protección de la Información y Privacidad, según el cual, Gran Bretaña es la sociedad más vigilada de Occidente, con 4,2 millones de cámaras. Se calcula que cada británico es captado por las cámaras unas 300 veces por día. “En 2008, altos funcionarios de la policía británica revelaron que con todas las cámaras de vigilancia en el Reino Unido, se buscaba la “prevención de la delincuencia”- sin embargo, sólo el 3% de los robos en las calles de Londres fueron resueltos mediante las imágenes de circuito cerrado, a pesar de que en Gran Bretaña hay más cámaras de seguridad que cualquier otro país en Europa-”<sup>112</sup>.

Pero este control no se limita a determinados sitios, ciudades, comunidades, países o continentes, sino por el contrario, se trata de un fenómeno propio de la era de la globalización, en este caso, de la vigilancia, lo que MARSHALL ha denominado con acierto “la transnacionalización de las sociedades de vigilancia y control”<sup>113</sup>. Así, puede darse cuenta del nuevo plan de cinco años de la Unión Europea sobre Justicia y Asuntos Interiores, que exportará la base de datos del Reino Unido al resto de la UE. De hecho, la UE construye regularmente planes de cinco años en justicia y asuntos interiores que afectan muchos ámbitos de las libertades ciudadanas de los civiles de la UE - policiales, de inmigración y asilo, derecho penal, bases de datos y protección de datos. “El *Programa Tampere* que se desarrolló en el período 2000-2004, fue seguido por el *Programa de La Haya*, entre 2005-2009, que incluyó el compromiso de implementar

---

<sup>111</sup> ZIMMERMAN, S.: *Las sociedades del miedo*, Ed. Ediar, Buenos Aires 2006.

<sup>112</sup> Para aquellos que piensan que la vigilancia tiene como objetivo “proteger” a la gente, más información ha salido a la luz que ayuda a identificar la verdadera intención de la vigilancia: el control. En 2009, una investigación realizada por *The Guardian* reveló que, “La policía está apuntando a miles de activistas políticos en operaciones de vigilancia y almacena sus datos en una base durante al menos siete años”. *The Guardian* informó que: “Las fotografías, nombres y secuencias de video de personas que asisten a las protestas son rutinariamente obtenidas por “unidades de vigilancia” y son almacenadas en un sistema de inteligencia que enlista los activistas por su nombre, permitiendo a la policía buscar a qué manifestaciones o reuniones políticas han asistido los individuos”. Además, el programa también sigue de cerca a los reporteros y periodistas que informan, cubren, o asisten a las protestas. Vid. MARSHALL, A.G.: *El estado de seguridad transnacional y la caída de la democracia*, Traducción GIMÉNEZ, S. Ed. Porrúa, México 2009, pg. 137

<sup>113</sup> MARSHALL, A.G.: Op. Cit, pg. 156

pasaportes biométricos y tarjetas de identificación<sup>114</sup>. La propuesta presagia la recolección masiva de datos personales sobre viajes, datos bancarios, ubicación de teléfonos móviles, registros de salud, uso de internet, registros de antecedentes penales por pequeños que sean, huellas dactilares y fotografías digitales que tengan datos extraíbles y aplicables en diferentes escenarios - abordando un avión, el comportamiento en el metro, o tomando parte en una protesta-. Otras iniciativas en tramitación, incluyen el objetivo de capacitar a un tercio de todos los agentes de policía en toda la UE en una ‘cultura común’ de accionar policial, técnicas de vigilancia, incluidas las polémicas ‘patrullas cibernéticas’. Uno de los ‘planes maestros’ de la UE en el intercambio de información, la transferencia de proceso penal entre los Estados miembros de la UE, el acceso a bases de datos fiscales nacionales de otros estados miembros, y leyes de la UE sobre los derechos de los ciudadanos al acceso a Internet”<sup>115</sup>.

Cada objeto que los individuos usen, cada transacción que realicen y cada lugar al que vayan, generará una importante cantidad de información para las organizaciones de seguridad pública, sostiene MARSHALL. Esto hará que el comportamiento comience a ser previsto y evaluado por “máquinas”, que emitirán órdenes a los oficiales en terreno<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> El Consejo Europeo implementó el denominado *Programa Tampere* para las áreas de Libertad, Seguridad y Justicia, en Noviembre de 1999. Poniendo en marcha un acuerdo legal de cooperación en materia de inmigración, control de fronteras y cooperación judicial policial y judicial penal. Fue concebido por un reducido número de personas y redactado a puertas cerradas durante una reunión del Consejo Europeo en *Tampere*. A este programa le siguió el de *La Haya*, en 2004, que incluye de la misma manera las áreas de libertad, seguridad y justicia, pero en un contexto diferente, debido a la integración de nuevos Estados a la Comunidad Europea, el ataque terrorista en Madrid del 11 Marzo de 2004, y las influencias en las prioridades políticas por los tratados antiterroristas, que han configurado un marco totalmente renovado. El objetivo, a largo plazo, es la sustitución de las legislaciones nacionales y las prácticas por las medidas de la UE. Se consolida de esta manera, la idea de integración en materia de intercambio de información. Hoy en día, el “propietario” de los datos decide si accede al ruego para la información o no. En el futuro existirá derecho para adquirir la información, al igual que nuevas formas de acceder a información entre Estados miembros. En el área de lucha y de prevención de terrorismo los Estados miembros tienden a limitar sus actividades, para mantener la seguridad nacional en sus propios territorios, y “aseguran” la cooperación como un todo en la prevención y lucha como un todo. Se establece también la cooperación policial, la prevención del crimen, como así también judicial en materia criminal. Se ha creado “la orden de detención europea”, abriéndose paso de esta manera el principio de reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales. Cfr. BONN, M.: “El programa de La Haya, el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea”, en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de Cs. Penales. Instituto de derecho penal, europeo e internacional*. Univ. de Castilla la Mancha, 2006. Disponible también, en: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/marjorie\\_bonn%20es.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/marjorie_bonn%20es.pdf) Vid. asimismo: “Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo. Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. Comisión de las Comunidades Europeas” en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7286.pdf>

<sup>115</sup> MARSHALL, A.G.: Op. Cit, pg. 176

<sup>116</sup> MARSHALL, A.G.: OP.Cit., pg 170

La transnacionalización de la sociedad de la vigilancia se ha extendido por todo el globo, en Canadá, en 2009, se llevó a cabo el primer estudio independiente sobre video-vigilancia, donde se reveló que, “al menos 14 municipios canadienses están utilizando cámaras de vigilancia para monitorear a las personas en espacios públicos, y otros 16 están considerando o lo han considerado”<sup>117</sup>. Asimismo, la videovigilancia transfronteriza, concretiza la posibilidad de la restricción y el impedimento del ingreso, la “invasión de los otros”. El caso más singular, por la sofisticación y la coherencia ideológica con que se está levantando, es el que se produce en la frontera entre México y Estados Unidos, reforzada últimamente con 200 cámaras de vigilancia que, una vez conectadas a la red, permitirán que, al menos, 100.000 voluntarios, puedan “colaborar cívicamente” en el control de un segmento de 1.254 millas de frontera<sup>118</sup>.

En Francia, hay 340.000 cámaras sólo en la vía pública. La utilización de micro aviones sin piloto, para observar, vigilar, controlar y prevenir conflictos urbanos y suburbanos, se encuentra en una primera etapa de información y concertación entre las distintas autoridades políticas nacionales francesas. Los microaviones teledirigidos hace mucho que se utilizan con comprobada eficacia para fines militares en los escenarios bélicos más sofisticados, como el sur del Líbano. Y ya hay modelos (de un metro de longitud y 60 centímetros de envergadura) concebidos con fines policiales en el corazón y la periferia de París. Volando a unos 150 metros de altura y equipados con material fotográfico relativamente sofisticado, tales aviones permiten vigilar con gran precisión la evolución de manifestaciones, la quema de automóviles, movimientos de bandas sospechosas o estallidos de violencia urbana, tras las jornadas de violencia nacional del invierno de 2005<sup>119</sup>.

En Madrid, no hay ningún organismo que centralice la información acerca de la cantidad de videocámaras instaladas, pero éstas abundan en bancos, comercios, farmacias, edificios públicos, polígonos industriales, urbanizaciones de lujo y empresas de todo tipo. Se han instalado además, solamente en la plaza mayor de esa ciudad, 50 cámaras que son capaces de captar con zoom óptico todos los movimientos que allí se realizan durante las 24 horas del día, se registran así, los movimientos de personas y

---

<sup>117</sup> MARSHALL, A.G.: OP.Cit. pg 178

<sup>118</sup> PRIETO, E.: Op. Cit.

<sup>119</sup> Ibidem. 103

vehículos. Las imágenes captadas son transmitidas hasta un centro de la policía municipal<sup>120</sup> y conforman un verdadero archivo virtual.

Pero, como decíamos, la sociedad del control y la vigilancia, no es propiedad solamente de los denominados países occidentales del “primer mundo”, sino también de los llamados emergentes. Se trata, sin duda, de una cuestión endémica evidenciada en un proyecto global que no puede ser plenamente realizado en una sola comunidad ni en un solo país. Así, miles de cámaras vigilan las calles de ciudades sudamericanas, para prevenir y descubrir actividades delictivas o para controlar el tránsito o al personal y los bienes de una organización. Solamente en la ciudad de Buenos Aires hay aproximadamente 120.000 cámaras de monitoreo por video<sup>121</sup>. Están en oficinas públicas, empresas, comercios, bancos, cajeros automáticos, estaciones de metro y de trenes, calles y avenidas, plazas y parques, torres de viviendas y casas, hoteles, restaurantes, supermercados, cafés, kioscos, estaciones de servicio, museos, estadios de fútbol, puestos de peajes, autopistas e incluso en cementerios. Unas 800 cámaras pertenecen al Estado, incluyendo la Policía Federal, la Prefectura y el Gobierno de la Ciudad. Otras 300 están en estaciones ferroviarias y del metro. Y 115.000 en el ámbito privado. En 2008, se instalaron alrededor de 20.000 cámaras. Es un mercado que crece a un 15% anual. A través de la web se puede acceder a diferentes sistemas de monitoreo públicos. El Gobierno porteño<sup>122</sup> ofrece el acceso libre a las imágenes captadas en 16 esquinas<sup>123</sup> y el Ministerio del Interior abrió en 2006 un sitio<sup>124</sup> para ver, previo registro de usuario por e-mail, lo que pasa en los andenes de 10 estaciones del metro. Y para

---

<sup>120</sup> Vid. “El ayuntamiento de Madrid planea vigilar con cincuenta cámaras la plaza mayor” en *Diario El País*, 8 de Julio de 2005, Madrid.

<sup>121</sup> Esta novedad llegó a la Argentina, de mano de la empresa Bosch, compañía germana, que en 2007 facturó en todo el mundo por 46,3 mil millones de dólares en todas sus líneas de negocio. La firma ya trabaja con oficinas y ministerios del Estado y con empresas, entre ellas medios de comunicación, para instalar estos sistemas de análisis de video inteligente (IVA, sigla en inglés), que constituyen un avance en la técnica de detección inteligente por video, porque descubre, rastrea y analiza objetos móviles en forma automática. El desarrollo se enmarca en una tendencia adoptada en los nuevos sistemas profesionales de cámaras de TV que se pueden manejar a través de Internet (CCTV IP), que consiste en descentralizar el procesamiento de la información. Se traslada así la inteligencia de las tareas de soporte a la operación a nivel de cada cámara o codificador (encoder) del sistema. De esta manera la cámara o codificador es capaz de tomar decisiones sobre eventos y actitudes sospechosas, liberando al empleado de las tareas de observación rutinarias y dejando todo el recurso disponible para la resolución de tareas críticas que requieren del criterio humano. Esta es una necesidad que comparten todos los sistemas de CCTV, medianos y grandes, justamente en su punto más crítico, que es la operación y que con el avance de la tecnología del video IP podría ser resuelta sin la dependencia de un servidor o un sistema operativo Cfr: “Cámaras de seguridad: las dudas de un gasto millonario” en <http://www.gobiernodigital.org.ar/>

<sup>122</sup> Gobierno de la ciudad de Buenos Aires

<sup>123</sup> A través de esta dirección web se puede acceder en vivo a las cámaras dispuestas en distintos puntos de la ciudad: [www.buenosaires.gov.ar/areas/obr\\_publicas/camaras/](http://www.buenosaires.gov.ar/areas/obr_publicas/camaras/)

<sup>124</sup> Aquí puede accederse a imágenes en vivo y en directo, previa suscripción gratuita electrónica. [www.laestacion.gov.ar](http://www.laestacion.gov.ar)

prevenir ataques antisemitas, el mismo ministerio habilitó un esquema de video vigilancia en el Cementerio Israelita de La Tablada. En total, unas 240.000 cámaras de video vigilancia existen en Argentina<sup>125</sup>. Por supuesto, la inversión global para la instalación de las cámaras es millonaria, 200 millones de pesos le costó solamente a la Nación, y hay que tener presente, que las cámaras no son sólo el aparato: implican tendido de cables, construcción y montaje de un centro de monitoreo y la contratación de personal. Es decir, un negocio enorme<sup>126</sup>, compatible, por supuesto, con las demandas del mercado del miedo impuesto.

Paradójicamente, el espacio público disociado se ha convertido en escenario de detección, y el anonimato urbano se ha visto invadido por una mirada permanentemente vigilante, la calle se ha convertido en lugar de observación controlada, en un espacio de control. Las grandes ciudades pierden aceleradamente el espacio público como espacio de libertad. La experiencia de ser vigilado, adquiere diversos términos: “videovigilancia”, “vigilancia universal”, “televigilancia”, “telepresencia” o “videopresencia”, “videoscopía”, o “maquinaria de la visión”, es decir: “todos aquellos aspectos en los que se manifiesta la gran escalada sociológica de las máquinas de visión electrónicas”<sup>127 128</sup>.

El desenvolvimiento de la vigilancia en el actual Estado-Nación y el desarrollo de las nuevas tecnologías digitales son factores fundamentales para comprender la vigilancia contemporánea. Se trata, sin duda, de la característica fundamental de la dominación totalitaria, bien ha sostenido LYON, que si la globalización socava los modelos probados de democracia basados en el Estado, el mundo puede ser vulnerable a una centralización totalitaria mundial<sup>129</sup>. GIDENNS, en su obra *El Estado-Nación y Violencia*, define al totalitarismo como la “extrema concentración de vigilancia”, nos señala que debemos ver la vigilancia no como un reflejo del capitalismo, sino como “la generación del poder en sí mismo”<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> Vid. “Llega la videovigilancia digital a la Argentina” en <http://www.gobiernodigital.org.ar/>

<sup>126</sup> Ibídem. 110

<sup>127</sup> BAÑUELOS, J.:Op. Cit, pg. 45

<sup>128</sup> Las cámaras son a menudo tecnología extremadamente avanzada, ya que “los técnicos están desarrollando formas de usar las computadoras para procesar en tiempo real y almacenar vídeo digital, incluyendo lectores de placas, escáneres de reconocimiento facial, y un software que detecta” comportamientos inusuales Vid: RUFFINO, R.: *Tecnologías de la vigilancia*, Ed. La Nave, Buenos Aires, 2001, pg. 21

<sup>129</sup> LYON, D.: *Theorizing surveillance: the panopticon and beyond.*, Ed. W.P, New York, 2006 pg. 71

<sup>130</sup> GIDENNS, A.: *The Nation-State and Violence. Volume Two of a Contemporary Critic of Historical Materialism.* Plity Press, Cambridge, UK. 1987



Sin embargo, creemos, no podemos disociar las sociedades neoliberales del siglo XXI de esta concretización de la idea del control absoluto, el control y la vigilancia son parte indisoluble de esta nueva forma de ejercer el poder.

Así las cosas, este desopilante ejercicio de la pesquisa y el control caen en el más aberrante de los absurdos. Cada individuo y todo individuo viven bajo constante sospecha. Lo aterrador es “el error de cálculo”<sup>131</sup> que se pueda cometer en un sistema saturado de información, que monitorean los dispositivos del miedo<sup>132</sup>.

Curiosamente, el mundo vuelve a convertirse en un espacio de encierro angustiante y descomunal. Por el momento, lo único verificable es que la libertad está siendo sacrificada en aras de una seguridad aún inconquistable<sup>133</sup>.

Ha dicho acertadamente HARDT, que el espacio estriado de la modernidad constituye un lugar puramente libre y fundado sobre un acuerdo dialéctico con el afuera, el espacio de la soberanía imperial, al contrario, es liso<sup>134</sup>. Por tanto, ya no hay territorios inexpugnables, ya no hay espacios que no puedan ser requisados.

## 2.2.b) Los bancos de datos

---

<sup>131</sup> Para muestra de esos “errores de cálculo”, basta con que recordemos aquí, el caso MENEZES, un hombre de nacionalidad brasilera quien fue abatido a tiros por policías de la Scotland Yard en la estación de metro de Stockwell al sur de Londres, el 22 de Julio de 2005. Recibió 7 disparos en la cabeza y uno en el hombro. En un primer momento, fue captado por las cámaras y “confundido” con un terrorista, debido a su “apariencia” árabe. Manifestaron las autoridades, que los policías tienen la orden de disparar a matar, ante la presencia de “sospechosos” con características “terroristas”. Aunque luego, las autoridades policiales, aclararon que se trató de un “grave error”, reconociendo la inocencia de Charles MENEZES, de profesión electricista, cuyo único delito, fue que con su “apariencia árabe” abordara el metro.

Vid. “El caso Menezes”, en <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/11/01/internacional/1193934291.html> “Estupor por el caso Menezes” disponible en: <http://estoesnada.blogcindario.com/2005/06/00132-estupor-por-el-caso-menezes.html>, Vid también: “Policías implicados en el caso Menezes, involucrados en otra acción que provocó un muerto” en: [http://www.elpais.com/articulo/internacional/Policias/implicados/caso/Menezes/involucrados/operacion/caso/muerto/elpepuint/20061102elpepuint\\_7/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Policias/implicados/caso/Menezes/involucrados/operacion/caso/muerto/elpepuint/20061102elpepuint_7/Tes)

Este es, tan solo uno de los “errores de cálculo”, conocido por la trascendencia que ha tenido, pero miles de “errores” se producen cotidianamente, en el anonimato.

<sup>132</sup> El título del último libro de Paul VIRILIO es por demás significativo: *Ville panique (Ciudad pánico)*. Las ciudades inmersas en la esquizofrenia del pánico: los atentados terroristas, la criminalidad, los megaaccidentes que se asemejan tanto a los atentados, el estado de amenaza sostenida, espectralmente amenazante en los interregnos de la calma. VIRILIO llega a presagiar la creación de un Ministerio del Miedo dominando desde los satélites y antenas parabólicas a un Ministerio de Guerra obsoleto. Así, afirma VIRILIO, se consolida una verdadera tiranía del miedo, y esto sería así porque la guerra pasó de ser asunto de Estado a asunto de ciudades, ahora entró, en el alma de cada uno de los habitantes de estas ciudades que no pueden gestionar esta tensión más que con una angustia insostenible. Para este autor, el miedo y el pánico son los grandes argumentos de la política moderna. Vid. VIRILIO, P.: Op. Cit.

<sup>133</sup> ZIMMERMAN, S.: *Las sociedades...* Op. Cit, pg 76

<sup>134</sup> HARDT, M.: *La sociedad mundial de control*, Ed. Euphorion, N° 1, Medellín, 2005, pg, 25

Lo que NEGRI y GUATTARI denominan Capitalismo Mundial Integrado<sup>135</sup>, ha operado una verdadera desterritorialización del control social. Esta desterritorialización (que es al mismo tiempo integración) ha sido posible, fundamentalmente, sobre la base de la creciente informatización de lo social. Informatización que permite vertebrar un “control continuo” y una “comunicación instantánea” como características centrales de las sociedades postdisciplinarias. Es que el desarrollo de las tecnologías de la información, operado a partir de los años 70’, ha significado la emergencia de un formidable “patrón de discontinuidad” de vasto alcance en los ámbitos de lo social, lo cultural y lo económico. Una verdadera “Revolución Tecnológica”, cuya importancia histórica parece ser asimilable a la de la gran transformación industrial del siglo XVIII. Una revolución que amenaza con producir una vertiginosa “digitalización” del mundo<sup>136</sup>, ya que al decir de CASTELLS el actual proceso de transformación tecnológica se expande exponencialmente por su habilidad para crear una interfaz entre los campos tecnológicos a través de un lenguaje digital común en el que la información es generada, almacenada, recuperada, procesada y retransmitida. Producción, procesamiento y transmisión de una enorme cantidad de datos, relativos a una infinita variedad de cuestiones vitales para la satisfacción de las necesidades de las grandes empresas, las burocracias oficiales y los estamentos militares de las que, con cierta pretensión de neutralidad, han sido llamadas “sociedades de la información”<sup>137</sup>.

Hoy nos encontramos ante una diversidad de lo que se ha denominado como “bancos de datos”, que reúnen numerosos reseñas personales sobre millones de personas, disponibles a través de diferentes medios, y de acceso público. Datos que comprenden referencias de las más variadas, nombre, apellido, D.N.I, fecha de nacimiento, lugar de residencia, cuentas bancarias abiertas y/o cerradas, personas conocidas, entorno familiar, antecedentes penales, direcciones postales y electrónicas, gustos personales, viajes realizados o por realizar, lugares visitados con frecuencia, etc.

Esos archivos se han extendido hasta, literalmente, el fichaje de datos genéticos. “La tentación del fichaje genético de masa”, titulaba el diario francés *Le Monde*, para hacer referencia a que la obligación de entregar una muestra de ADN, que se limitaba en un principio a personas que hubieran cometido un delito de índole sexual, se ha extendido

---

<sup>135</sup> NEGRI, T. – GUATTARI, F. *Las verdades nómadas. Por nuevos espacios de libertad*, Tercera Prensa, España, 1996

<sup>136</sup> TONKONOF, S.: *Sociedades de control y nuevas subjetividades*, Buenos Aires, 2005. Inédito

<sup>137</sup> CASTELLS, M: *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Vol. I. , Ed. Alianza, Madrid., 1997

ahora a quienes han cometido delitos de carácter leve e incluso sospechados de haber cometido alguna infracción penal, con lo que el fichaje genético alcanza ya a 283.000 franceses (número alto aunque lejos de los 3,6 millones de registros del Reino Unido, más del 5% del censo)<sup>138</sup>.

Lo que en otro tiempo podría haber sido parte de una película de ciencia ficción, es hoy realidad. En 1998, Islandia estableció el primer banco de datos genéticos en el que toda su población queda registrada a través de la toma de muestras al nacer, con el agravante de que siendo el Estado, en primera instancia, el titular de dichos datos, ha cedido la concesión de su administración a manos privadas<sup>139</sup>. De hecho, efectuaron ya su primer censo genético<sup>140</sup>. ALABARELLOS advierte acerca del peligro de la manipulación de información genómica y la intervención estatal o privada en tal acción con intereses espurios, refiriéndose concretamente a la eugenesia<sup>141</sup> como un aspecto realmente aterrador de la posibilidad de cualquier maniobra genética, sobre todo a partir de la “tentación” que ella implicaría desde que se logró la decodificación del genoma humano: la alteración genética en pos de lograr una humanidad “más perfecta”. Lo que tampoco es nuevo<sup>142</sup>.

Pero estos bancos de datos no sólo se limitan a radiografiar persona, personalidad, genética y movimiento de millones de humanos, sino y que también como resultado de

---

<sup>138</sup> Vid. “La tentación del fichaje genético en masa” Diario Le Monde 26/11/2006. Vid. también ALONSO GUTIERREZ, A.: *Se extiende la sociedad de vigilancia, ¿todos fichados?* Ed. Universidad Panamericana, México, 2006

<sup>139</sup> ALBARELLOS, L: “Bancos de datos genéticos y su posible utilización para conculcar derechos humanos”, en *Revista de derecho informático*, Ed. Alfa Redi, Buenos Aires 2004, pg. 19

<sup>140</sup> La empresa a quien se ha cedido dichos derechos, es DeCode, que se ha dedicado al estudio del mapa genético islandés para la prevención, detección y tratamiento de determinadas enfermedades. La población islandesa asciende a las 290.000 personas, y sobre ellos, la empresa DeCode ya ha elaborado un gigantesco mapa de datos que han denominado “El libro de los islandeses”. Vid. al respecto: <http://www.el-mundo.es/salud/Snumeros/97/S255/S255biotecnologia.html>; <http://www.actionbioscience.org/esp/genomic/hlodan.html>

<sup>141</sup> Es decir, la mejora de los rasgos hereditarios a través de la ingeniería genética. En otras palabras la selección artificial de seres humanos. Fundándose en las teorías darwinianas fue el inglés GALTON, quien hacia fines del siglo XIX concluyó que “(...) las habilidades naturales del hombre se derivan de la herencia bajo exactamente las mismas limitaciones en que lo son las características físicas de todo mundo orgánico. Consecuentemente como es fácil, a pesar de estas limitaciones lograr mediante cuidadosa selección una raza permanente de perros o caballos dotada de facultades especiales para correr o hacer cualquier otra cosa, de la misma manera sería bastante factible producir una raza de humanos altamente dotados mediante matrimonios sensatos durante varias generaciones consecutivas”. Vid. GALTON, F.: *Investigaciones sobre las facultades humanas y su desarrollo*, Ed. Macmillan, 1937 pg. 17

Ya a inicios del siglo XX, GALTON definió a la eugenesia como: “la ciencia que trata sobre todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de una raza y también con aquellas que las desarrollan hasta la mejor ventaja”. Vid.: GALTON, F.: “Eugenesia” en *Revista americana de Sociología*, 1994, pg 10.

<sup>142</sup> Tristemente conocidos son los experimentos genéticos que se realizaban en los campos de concentración nazis de la segunda guerra mundial, a cargo de MENGELE. Destinados a procurar la obtención de una raza aria pura.

la sinergia “captura”- “observación” del aparato penal, se ha instalado una verdadera política de seguimiento. Según WACQUANT, en EE. UU, esos bancos de datos, constituyen una especie de “ADN” de quienes cometieron un delito o están sospechados de haberlo cometido y poco importa que tales datos sean falseados o incorrectos, estos antecedentes son de consulta pública vía Internet en varios estados de Norteamérica y permiten, por tanto, que cualquiera tenga acceso al prontuario de un condenado sin necesidad de trámite judicial alguno, sin control y sin justificación.

Los viejos archivos de fotografías y huellas dactilares, están siendo reemplazados por el “fichaje genético” con muestras del perfil de los acusados y condenados, de sangre y saliva, recogidas por las instituciones penitenciarias y puestas al alcance de quien lo “requiera”, expuestos bajo el ojo que todo lo ve<sup>143</sup>.

En EE. UU, el sistema CODIS<sup>144</sup> (Combined DNA Identification Index System) del FBI desde 1994, mantiene una base de datos, que son utilizados por todos los laboratorios locales, estatales y federales cuando se recupera evidencia biológica en la escena de un crimen. Por otra parte, la base de datos COI (Convicted Offender Index), también del FBI, almacena los perfiles genéticos de personas que han sido convictas al cometer abuso sexual. Dados esos extremos, se comparan los datos personales almacenados con las muestras tomadas en la nueva escena del crimen. El punto es que Estados Unidos considera, en muchos de sus Estados, la necesidad de la toma de esas muestras e ingresos de datos a las bases, en todo tipo de delito – aunque su utilización sea más frecuente en los casos de violencia sexual – al momento del dictado de sentencia condenatoria (en realidad, el hecho de la toma o no de la muestra, queda a sana crítica del juez), pero lo que aún no se establece con claridad es qué hacer con las muestras cotejadas de sospechosos, las que al aparecer un culpable contundente, deben ser garantizadamente destruidas<sup>145 146</sup>.

---

<sup>143</sup> WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, Buenos Aires 2004, pg 86

<sup>144</sup> Siglas en español: SCA (sistema de cotejo automatizado) Se trata de un software creado para cotejar e identificar datos humanos con características de las cadenas de ADN. Así, una muestra de cotejo de sangre, por ejemplo, se la pasa por una serie de procesos hasta obtener un perfil. Esa muestra se la compara con una serie de otras tantas archivadas en el banco de datos para determinar con cuál puede coincidir, procedimiento que se hace solamente en minutos. Vid.: <http://www.barcc.org/forenses/saf/evidence/codis/>

<sup>145</sup> Vid. ALBARELLOS, L: Op. Cit, pg. 27

<sup>146</sup> Interpol ya tiene una base datos automatizada sobre perfiles de ADN denominada “pasarela de ADN”, que supone una herramienta para cotejar y vincular datos entre muestras de ADN que hasta entonces no habían sido vinculadas entre sí, procedentes de lugares distintos o de una persona y un lugar del delito o de dos personas diferentes. 41 países miembros de INTERPOL cuentan con bases de datos policiales nacionales sobre perfiles de ADN. El Reino Unido cuenta con la base de datos de ADN más grande del mundo, contiene más de 3, 3 millones de registros. Los países miembros de INTERPOL pueden dirigir

Tampoco se trata de patrimonio exclusivo del “primer mundo”, en Argentina, ya se encuentra instalado el *Banco de Datos Genéticos Criminales*, que se utiliza complementariamente con un secuenciador de ADN<sup>147</sup>. Pero la cadena no terminará ahí. El paso siguiente, tan revolucionario como polémico para la Argentina, será convertir el código de ADN de cada muestra en un guarismo y almacenarlo en la base de datos genéticos criminales con el programa CODIS, que permite relacionar en segundos el ADN de cualquier persona con el de toda muestra que haya sido cargada alguna vez en su base de datos. Un violador, por ejemplo, puede ser vinculado así con casos anteriores en los que se hayan recogido pruebas. O, aún sin tener un sospechoso, se puede saber si hay un mismo autor detrás de distintos hechos. Por ahora, el CODIS de la Policía Bonaerense sólo será cargado con muestras tomadas en las escenas del crimen, no con el ADN de personas puntuales. Estos programas permiten también, en segundos, ponerle nombre y apellido a una huella digital, con el cotejo de cientos de miles de muestras digitalizadas, además de la implementación de tecnología diseñada para crear bases de datos sobre armas y balas vinculadas con delitos<sup>148</sup>.

Por otra parte, también se procura introducir auxiliariamente a la denominada “Genética Conductual”<sup>149</sup>, que analiza muy “darwinianamente” las posibilidades de heredabilidad de las conductas delictuales por vía genética<sup>150</sup>.

---

sus solicitudes de consulta directamente a través del sistema mundial de comunicación policial de INTERPOL. Es una base de datos autónoma, es decir que no se encuentra conectada al resto de bases de datos de INTERPOL. Los países miembros continúan siendo propietarios de sus datos y controlan su uso de acuerdo a sus legislaciones nacionales Vid.: “Base de datos genéticos de INTERPOL”, en: <http://www.interpol.int/Public/ICPO/PressReleases/PR2005/PR200550es.asp>

<sup>147</sup> Seis laboratorios, ubicados en puntos clave como La Matanza, Lomas de Zamora, San Isidro, Bahía Blanca, Junín y Mar del Plata, fueron capacitados para preparar toda muestra hallada en una escena de crimen —sangre y semen, por ejemplo— de manera tal que se la pueda cargar en el secuenciador.

<sup>148</sup> BARBANO, R.: “Tecnología contra el delito” en Diario el Clarín. 6/5/2006

<sup>149</sup> Disciplina científica que estudia los diferentes factores genéticos y ambientales subyacentes a las diferencias individuales en la conducta y la cognición. Se parte de un eje vertebral que se centra en que tanto genes como ambiente pueden afectar la conducta humana y diferentes procesos psicológicos. Vid.: BARTREZ FAZ, D.: *Bases genéticas de la conducta*, Ed. UOC, 2009, Barcelona, pg. 14

<sup>150</sup> Este punto se encuentra asimismo estrechamente vinculado con el ideario racista de autores norteamericanos, para quienes las personas de raza negra carecen de suficiente coeficiente intelectual para acceder a ciertas posibilidades a las que los blancos sí tienen acceso. En este sentido encontramos a MURREY y HERRNESTEIN, quienes afirmaban en una de sus investigaciones que “la hostilidad blanca hacia los negros no es infrecuente y un factor clave en ello, es la creciente sospecha de que hay diferencias raciales básicas que explican las lagunas sociales y económicas que separan a negros y blancos y especialmente desequilibrios genéticos de inteligencia, puesto que la mezcla racial en EE.UU es mínima, la diferencia en el coeficiente intelectual entre negros y blancos constituye un desequilibrio que se perpetuaría genéticamente. Esto explicaría quien tiene éxito en la América de los 90’ y quién no, quién sale adelante y quien se queda atrapado en el círculo de la miseria, la pobreza y la delincuencia. El éxito y el fracaso en la economía norteamericana y todo lo que ella implica son cada vez más asunto de herencia genética. El gobierno pierde tiempo y dinero en los programas de ayuda teniendo en cuenta que la naturaleza, es decir, los genes, tienen mucho más que ver con el éxito que con la educación. Más todavía, esos programas son la raíz del mal, porque mantienen la dependencia y contribuyen a la

Bastaría así con ser descendiente de alguien que ha cometido un delito, para tener inclinaciones al crimen y ser objeto de persecución penal. Autores como PLOMIN y DE FRIES han esgrimido, para justificar semejante absurdo, afirmaciones del tipo: “Las personas adoptadas presentan mayor riesgo de presentar conductas criminales cuando sus padres biológicos han sido condenados por algún crimen”<sup>151</sup>.

Sin embargo, siguiendo al profesor argentino ALABARELLOS, decimos que se hace imperioso reconocer que en un Estado de Derecho, no podría establecerse preliminarmente ante la aplicación de estas técnicas, la calificación y condena de seres que aún no han siquiera obrado. Lo importante, ante los pasos agigantados que la ciencia está dando, es no perder el derrotero que indica que no puede considerarse, por ser contraria a la concepción de un hombre íntegro, libre, y digno, bajo ningún punto de vista, la existencia de una nueva clase social: “Los potencialmente criminales”<sup>152</sup>.

### 2.2.c) El papel de los medios de comunicación

Los medios son un instrumento de gran efectividad, que alcanza a todo el conjunto social formando opinión pública. Los medios funcionan como reaseguro constante de las presiones ejercidas sobre la persona desde su niñez. Los tiempos de ocio, comunicación o información, son altamente determinantes sobre la postura y los valores que se van formando. Atrás quedaron los tiempos en que fueron herramienta de lucha y movilización. Las viejas investigaciones sobre el tema han rondado sobre las siguientes preguntas: ¿Quién?, ¿Dice qué?, ¿En qué canal?, ¿A quién? y ¿Con qué efecto?, a lo que podríamos sumar ¿Qué significa lo que dice? o ¿Qué pretende decir en realidad?

JOUNG en su planteamiento en relación a los medios nos dice que estos ejercen un papel:

---

propagación de los bajos coeficientes intelectuales” Vid.: MURREY, CH.-HERRNESTEIN, R.J: *The Belle Curve. Intelligence and class structure in american life*. Ed. Simon & Schuster. New York, 1994

Es decir que el coeficiente intelectual sería una variable explicativa de la desigualdad social.

Sin duda, se trata, como afirma el Profesor FRIDMAN de un intento más para otorgar un fundamento “natural” a la creciente brecha entre razas existente en EE.UU que verdaderamente se encuentra vinculada a la demanda de un capitalismo cada vez más salvaje, al que el autor citado ha favorecido desde su obra. Transformando a las víctimas en culpables Vid.: Reseña a *The Belle Curve*. Buenos Aires, 2005, pgs. 2; 8. MURRAY formaba parte de la generación de politólogos y sociólogos norteamericanos financiados por el Manhattan Institute y el American Institute que sirvió de base intelectual para la avanzada de REAGAN contra el welfare. Vid al respecto: WACQUANT, L.: Op. Cit, pg. 25, 27

<sup>151</sup> PLOMIN, R-DE FRIES, J-MC. CLEARN, G-MC.GUFFIN.P.: *Genética de la conducta*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001, pg. 274 Estos autores se han remitido a “estudios” con gemelos, y han descripto la influencia genética en la conducta como el ambiente en que se criaron, como factores determinantes para ciertas enfermedades y/o conductas delictivas, lo que nos trae a la mente al tristemente célebre Mengele.

<sup>152</sup> ALBARELLOS, L: Op. Cit. pg. 23

- Manipulativo: manipula opiniones, son tendenciosos, pero no generan cambios sino que refuerzan ideas. Transmiten valores, moral, etc.
- El de libre mercado: aquel que sostiene que la persona es libre de elegir qué mensaje o información mira, y niega la manipulación.
- El consensual: que sostiene que la manera en que “se entiende y muestra la realidad”, es la misma en la que la ve la mayoría.

Entre los medios informales y formales media un límite, los castigos dejan de ser de índole social y entran en el ámbito jurídico. “A partir de la presencia de la instancia policial el individuo se encuentra revestido de un nuevo status social: el de desviado, inadaptado, antisocial, delincuente o peligroso”<sup>153</sup>

El mundo que habitamos actualmente presenta una amplia circulación de formas simbólicas. La naturaleza y el alcance de esta clase de circulación, ha adquirido una apariencia cualitativamente diferente debido al desarrollo de recursos técnicos. Los avances en la codificación y la transmisión eléctricas de las formas simbólicas, nos ha dado la diversidad de telecomunicaciones electrónicas características de fines del siglo XX. En el mundo de hoy existen pocas sociedades que no hayan sido alcanzadas por las instituciones y mecanismos de la comunicación masiva, y en consecuencia, que no estén abiertas a la circulación de las formas simbólicas manejadas por los medios masivos<sup>154</sup>.

Los medios de comunicación o los denominados “*mass media*”<sup>155</sup> juegan un papel de fundamental trascendencia en la construcción social de la realidad, es lo que se ha llamado “construcción mediática de la realidad”<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> CUCCHI, R.: *El sistema penitenciario como instrumento de control social*, UNCu, Mendoza, 2007; Vid también MIRALLES, T.: “El pensamiento criminológico II” en *El control informal*, Ed Temis, Bogotá, pg.56

<sup>154</sup> LEGORRETA SEPULVEDA, N. P.: “Los miedos como motivación política: los ciudadanos de la ciudad de México ante el miedo a la exclusión” Ponencia pronunciada con motivo del XI International summer school on religions en la comunidad de San Gimignano, Siena, 24 de agosto de 2004. Inédita.

<sup>155</sup> El término *mass media* es sinónimo del conjunto de medios de información y/o comunicación que de forma masiva envían mensajes verboicónicos a grandes grupos de población. Por un lado, este concepto se refiere a los instrumentos de los que el emisor se sirve para hacernos llegar sus mensajes, como los libros, los periódicos y las revistas, para los mensajes *impresos*; las películas y las fotografías, si se trata de mensajes *filmados*; la televisión, la radio y los ordenadores, cuando los mensajes son electrónicos. Por otro lado, hemos de atender también a lo que en este contexto entendemos por “masa” —o público destinatario masivo— y a las características que esta presenta: 1. Gran número de espectadores. 2. Gran dispersión geográfica de estos. 3. Anonimato entre los individuos del grupo de público y respecto a la identidad del comunicador. 4. Gran heterogeneidad del público, entre los que sus miembros presentan identidades muy variopintas en cuanto a sexos, edades, nivel educativo, profesión, aficiones, inclinación política, etc. Vid. QUILES, O.L *Fundamentos y retos de educación social informal desde el análisis crítico de los medios de comunicación*, Ed. Universidad de Granada 2004.

<sup>156</sup> SAPERAS, E.: *Los efectos cognitivos de la comunicación de masas*, Ed. Ariel, Barcelona 2004, pg. 46

Y es que esta realidad, ha evolucionado de tal forma que la actual comunicación masiva ya no es una proyección tergiversada de un fenómeno primigenio, sino que, apropiándose con perversidad de aquellas partes del fenómeno que son de su interés, y reciclando el resto para ofrecerlo como un nuevo producto amoldado a las necesidades propias del sistema sociocultural, en parte construido por los medios, se ha convertido en una realidad en sí misma, con la suficiente entidad propia como para considerarse ya una manifestación independiente que ha superado sus antecedentes de virtualidad<sup>157</sup>.

QUILES distingue dos tipos de realidad creada por los *mass media*, la flotante y la oculta. La flotante “tiene que ver con lo que los medios piensan qué debe ser la información que ha de llegar al público general, a la masa social, que es diferente de lo que el destinatario debería y/o necesita recibir y que destaca premeditadamente los aspectos más espectaculares, extraordinarios y anómalos de la existencia, buscando conmover al espectador con estímulos que alteren sus emociones y sentimientos de todo tipo para engancharlo a la pantalla del televisor, el sonido de la radio o la página del periódico e incrementar así los índices de audiencia-difusión de cada cadena-diario. En otro nivel menos aparente, encontramos la información oculta, que no circula con fluidez en los medios de comunicación por el interés de sus poseedores en que esto no ocurra, pero que precisamente por ello es muy codiciada por los medios para seguir alimentando la avidez de noticias de impacto de una sociedad cuyas demandas informativas están netamente modeladas por ellos mismos<sup>158</sup>. Se trata de información privativa que constituye una parte de la existencia no pública, y que éstos guardan celosamente”<sup>159</sup>.

Dentro de este contexto, debemos decir entonces, que los medios de comunicación no agotan su tarea en la simple “transmisión”, los medios crean realidades, “configuran imágenes, símbolos, prejuicios sobre la criminalidad”<sup>160</sup>.

El imaginario colectivo, respecto de la criminalidad, es creado en gran parte por ellos. Así, es la consagración del credo mediático la que permite que desfilen por el escenario los pseudo-especialistas en temas penales, aquellas personalidades fácilmente reconocibles en televisión, a los que invitan para que opinen sobre el “tema punitivo” y

---

<sup>157</sup> Vid. QUILES, O.L.: Op. Cit, pg 23

<sup>158</sup> Cfr. SOTO NAVARROS, S.: “La influencia de los medios de comunicación social en la percepción de la delincuencia”, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>

<sup>159</sup> QUILES, O. L.: Op. Cit, pg. 45

<sup>160</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L: “Política criminal y prevención del delito: el deplorable restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo” en *Revista de la Justicia Penal*. N° 4, Santiago de Chile, 2009 Op. Cit, pg 62



ese “opinar a favor” o “en contra”, no cesa de constituir la operación básica de identificación imaginaria, actores que inducen con sus valoraciones al reproche o a la aprobación del televidente o lector. El sensacionalismo es claramente maniqueísta y moralizante<sup>161</sup>. El comentario circula sin rozar la superficie de lo comentado; agrupa y disuelve conjuntos fácilmente encuestables. Hoy ganan “los a favor”; mañana “los en contra”. El tema que ocasionalmente los divide carece de significación por sí; vale por su función imaginaria de demarcación de una diferencia pequeña, de una diferencia opinable. El tema punitivo, penitenciario, así dispuesto por y para la representación general, se ofrece a los discursos, instituciones y personalidades socialmente autorizados para administrar su tratamiento<sup>162</sup>.

Así, la pena de prisión, la prisión, “el tema criminal”, están en los medios. LEWCOWICZ, nos dice “La primera plana, como es sabido, no resulta del todo un buen lugar para pensar. Una denuncia, una periódica reaparición del periodismo verdad, un motín, reinstalan los muros o las rejas en el comentario social. En rigor, no son las cárceles las que están en los comentarios sino su doble mediático: el tema carcelario. No se trata estrictamente de una moda, aunque algo de la lógica de la moda se cuele siempre en el juego televisivo”<sup>163</sup>.

Como lo afirma QUILES, en los medios, toda representación de un mismo fenómeno conlleva una definición de éste, que si se mantiene en el tiempo perfilada con los mismos trazos definitorios acaba caracterizándolo y mostrando como típicos los rasgos que han sido escogidos y destacados y no otros. Esto termina conduciendo a la creación de estereotipos que refuerzan o imponen diversos patrones en los individuos que consumen los mensajes de los *mass media*, que son, en gran parte, lo más circulante entre la sociedad<sup>164</sup>.

Se produce, entonces, una transmisión de significados y “toda transmisión de significados institucionales entraña, evidentemente, procedimientos de control y legitimación, anexos a las instituciones mismas y administrados por el personal transmisor”<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Vid. BATISTA, N.: “Medios de comunicación y sistema penal en el capitalismo tardío”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Ed Ad-Hoc., Buenos Aires 2003, pg. 23

<sup>162</sup> LEWCOWICZ, I.: “La situación carcelaria”, en *El malestar en el sistema carcelario*, Ed. El Otro, Buenos Aires, 1996, pg. 45

<sup>163</sup> LEWCOWICZ, I.: “La situación...” Op. Cit pg. 89

<sup>164</sup> QUILES, O. L.: Op. Cit, pg 11

<sup>165</sup> BERGER, P- LUCKMANNT, L.: *Construcción social de la realidad*, Ed. Amorrotu, 1966, pg 93

Pero esta transmisión de significados se hace mediante una manera selectiva, a través del filtro de prejuicios e intereses de quien toma las decisiones acerca de los contenidos últimos de la noticia y de cómo éstos serán dados a conocer, por lo que inevitablemente lo que se transmite por el medio estará también impregnado de esos prejuicios<sup>166</sup>.

La Profesora SOTO NAVARRO, ha efectuado un interesante estudio respecto de la influencia de los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia y de la prisión tomando como punto de referencia a uno de los medios gráficos de mayor circulación de España, el diario El País<sup>167</sup>. Sostiene la Profesora de Málaga que según los estudios realizados, no existe una “relación de adecuación entre los índices de delincuencia y la cantidad de información sobre delincuencia en los medios” La tasa de delincuencia española señala, es muy inferior a la media europea, fundamentando sus afirmaciones en los datos estadísticos oficiales sobre delitos, sin embargo, la tasa de población penitenciaria y hacinamiento carcelario es ostensiblemente superior a los porcentajes europeos, superando los cien internos por cien mil habitantes. Constató que la mayor cobertura periodística correspondía a homicidios o asesinatos (30,57% del total de noticias mensuales sobre delincuencia), coberturas realizadas con un entonado sensacionalismo, seguidos de desórdenes públicos y delitos contra la libertad sexual. Los robos y las lesiones violentas en el último puesto. Lo que no condice con las estadísticas oficiales, puesto que, sostiene SOTO NAVARRO, el primer puesto en incidencia real corresponde a los ataques contra el patrimonio. Marcando también nacionalidad y proveniencia de los autores de tales hechos delictivos, haciendo hincapié en el incremento de detenidos extranjeros. Los medios de comunicación transmiten entonces una imagen de la delincuencia muy distinta de la real. Comprobó asimismo que las noticias relacionadas con la prisión constituyen uno de los núcleos temáticos más estables e importantes respecto de las noticias relacionadas con la delincuencia, destacándose las referentes al hacinamiento, motines, suicidios, muertes violentas y

---

<sup>166</sup> Señala el Profesor BARATA la influencia de determinados programas televisivos en el temor a ser víctimas de algún delito que por sus características y las repercusiones sobre la audiencia, algunos investigadores como VAN DIJK y SCHLESINGER consideran este tipo de programa como verdaderos portavoces policiales donde, además, se convierte la búsqueda del desviado en una especie de entretenimiento. La constante aparición de policías en dichos programas les confiere a éstos un carácter oficial que intensifica en la audiencia la idea de que hay mucho delito y que el trabajo de la Policía es el más importante para afrontar los ilegalismos. Como reconocen ROSS y COOK, cada *Crimewatch* representa mensualmente más violencia que la que algunos oficiales de policía experimentan en toda su vida. En España, el periodista y director de cine Pedro COSTA, que en 1993 realizó el programa *Al filo de la ley*, declaró que muchos de estos programas están manipulados por la policía, que hasta los asesoran y los presentan. Vid. BARATA, F.: “Los mass media y el pensamiento criminológico” en *Sistemas Penal y Problemas Sociales*, Buenos Aires, 2003, pg. 500

<sup>167</sup> El estudio se efectuó en el período comprendido entre Mayo de 2001 y Mayo de 2003.

evasión de reclusos. Siendo la evasión de los reclusos el suceso que más acerca el problema de la prisión a la sociedad por el temor que ello provoca. Señala SOTO NAVARRO que, sobre este particular tema, se alcanzó una cifra récord de noticias en diciembre de 2001 (50%), a raíz de varios sucesos especialmente graves.

Comprobó la estrecha relación entre el crecimiento de la percepción social del delito tanto en las sensaciones de preocupación y miedo, con el incremento de noticias relacionadas con la delincuencia y el “fenómeno” criminal, con el correspondiente anuncio del gobierno de “medidas contra la pequeña delincuencia”<sup>168</sup>.

Así, la percepción social de la prisión es que afianza el sentimiento de seguridad. El bombardeo mediático ante determinados hechos de violencia, acerca de la necesidad de incrementar las medidas punitivas, incrementa este clamor social y percepción de que más prisión (cuando no la pena de muerte) es “la solución”. La pena de prisión cumple entonces el papel de “rito de solución de conflictos”, en el que el fundamento legitimante importa poco. “Todo y cualquier discurso legitimante de la pena es bien aceptado e inmediatamente incorporado a la masa argumentativa de las editoriales y de las crónicas”<sup>169</sup>. La prisión entonces, se constituiría en una especie de venganza “mediáticamente” legalizada<sup>170</sup>. Sin embargo y contradictoriamente, expresiones populares arraigadas como “entran por una puerta y salen por la otra” denotan que el imaginario colectivo percibe a la prisión de una manera fugaz, producto —en ese imaginario— de la ineficacia de los aparatos de justicia y legislativa<sup>171</sup>.

Bien, la pena de prisión, es sin lugar a dudas, el producto de un tránsito histórico que se ha consolidado como tal en las postrimerías del siglo XVIII e inicios del XIX. Se produce en esa instancia una transformación de la estructura monárquica de poder a un orden social burgués, en consecuencia, hay una mutación también en las formas de expresión del poder de castigar, así en el Antiguo Régimen, el proceso penal era secreto, y la ejecución penal pública, para demostrar el poder del monarca. En contraste, en la Modernidad se produjo una transformación acorde con el nuevo contexto socio político: el proceso penal (su fase declarativa) pasó a ser público, pero la ejecución de la pena se hizo secreta, se escondió de los ojos del público y se confinó en un lugar más íntimo y

---

<sup>168</sup>Cfr. SOTO NAVARRO, S: Op. Cit, pg 21

<sup>169</sup>BATISTA, N.: Op. Cit. pg 27

<sup>170</sup> Vid. CAMPOS, F.: *Más cárcel y mano dura. ¿La solución?* en: [http://www.nacion.com/ln\\_ee/2009/noviembre/28/opinion2174702.html](http://www.nacion.com/ln_ee/2009/noviembre/28/opinion2174702.html)

<sup>171</sup> MELOSSI, D.: “Changing representations of the criminal” en *British Journal of Criminology*, Nº 40, Traducción, GEORGI, A. Bs. As, 2000, pg. 296.

apartado: la celda delimitada por los muros carcelarios<sup>172</sup>. Hay, sin embargo, en el momento histórico que nos toca atravesar (que preferimos denominar “modernidad tardía), tras esa clausura provocada muros adentro a la que hemos hecho mención, una especie de apertura provocada ante todo por los medios de comunicación ante determinados hechos emergentes de la prisión -como los motines carcelarios<sup>173</sup>- y las coberturas de lo que ocurre muros adentro, tanto periodísticas como de programas de televisión denominados “de ficción”<sup>174</sup>, que muestran a la “prisión como espectáculo” y que atraen una importante cantidad de espectadores, como constataremos infra. Es que la morbosidad florece ante esos hechos de igual manera que la de los espectadores del siglo XVIII. Pero ocurre algo más profundo que la simple morbosidad: el ojo del espectador ha atravesado los muros carcelarios. Se trata, sin duda, de un simbolismo con una carga muy importante: el retorno al espectáculo público, al suplicio público, esa categoría expresada por FOUCAULT en *Vigilar y castigar* con el suplicio de Damians<sup>175</sup> como manifestación del poder del rey, que mostraba su potencia en el arte de la crueldad pública<sup>176</sup>, remozada ahora en los comienzos del siglo XXI.

Al mismo tiempo, se crea una “imagen delincencial”, una especie de elaboración redentora de los “males sociales”. Se produce entonces, como lo ha referido BARATTA, una especie de alusión a un mecanismo de proyección similar al de las sociedades primitivas, que lleva a la representación de las fuerzas demoníacas hostiles en las cuales quedan transferidas las propias agresiones, explica cómo la sociedad punitiva, separándose, como el bien del mal, del sujeto delincuente, transfiere a él las propias agresiones. “Una parte de ellas es transferida al exterior, a otros individuos, por medio del mecanismo de proyección. Es el mismo mecanismo de la alarma social suscitado por la representación de los crímenes a través de los *mass media*, que por intermedio de la fantasía lleva a los miembros de la sociedad a proyectar las propias

---

<sup>172</sup> Vid. RIVERA BEIRAS, I.: “La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)” en VV.AA *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pg. 106

<sup>173</sup> De particular magnificencia fue la cobertura realizada por los medios periodísticos de Brasil del motín carcelario producido en simultáneo en 70 cárceles del país y centralizado en San Pablo, que en Mayo de 2006 provocó más de 290 muertos y centenares de heridos Vid : [http://www.iarnoticias.com/secciones\\_2006/latinoamerica/0032\\_guerra\\_narcos\\_san\\_pablo\\_\\_22may06.html](http://www.iarnoticias.com/secciones_2006/latinoamerica/0032_guerra_narcos_san_pablo__22may06.html)

<sup>174</sup> En Argentina es famoso el programa “Cárceles” que marca en cada emisión un importante rating televisivo. De igual manera la serie “Tumberos” que toma a la prisión como el motivo sobre el que se monta el espectáculo, en igual sentido “Mujeres asesinas”, “Pabellón 5”, “Policías en acción”, todos programas televisivos bajo el mismo eje temático la prisión y la represión Vid: <http://www.diarioperfil.com.ar/edimp/0181/articulo.php?art=1553&ed=182>

<sup>175</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit, pg 11

<sup>176</sup> AMUCHÁSTEGUI, H. R.: *Michel Foucault y la visoespacialidad, análisis y derivaciones*, Buenos Aires, 2009. Inédito

tendencias asociales en figuras de delincuentes particularmente temibles o en tipos de sujetos desviados”<sup>177</sup>.

En los albores del siglo XXI, se utiliza la figura del criminal como la encarnación de los males que tienen que ser extirpados del núcleo social, tal como lo afirma ZÚÑIGA RODRIGUEZ, “El delincuente en las sociedades posmodernas ha adquirido la capacidad de absorber los males de la sociedad, despertar todas las ansiedades de los ciudadanos, focalizar todos los riesgos del mundo. Cuando el delincuente es el mal absoluto, es fácil colegir la inocuización como respuesta (...) una amenaza no es un objeto externo, sino una realidad humanamente elaborada. Es artificial en el exacto sentido del término. Es la elaboración colectiva de una realidad que ha sido percibida y bien señalada como amenaza”. Por tanto, poco importa que sea real, lo importante es que tiene la capacidad psicológica de calmar la ansiedad colectiva<sup>178</sup>.

Encontramos los antecedentes de esta visión del criminal a principios del siglo XIX cuando cambió sustancialmente el concepto de crimen. El crimen ya no es algo que tenga que ver con la falta moral o religiosa, la falta hasta entonces era una infracción a la ley natural, a la ley religiosa; por el contrario el crimen o la infracción penal es la ruptura con la ley civil en el sentido de ley explícitamente establecida en el seno de la sociedad por el lado legislativo del poder político, “(...)el crimen es algo que damnifica a la sociedad, es un daño social, una perturbación, una incomodidad para el conjunto de la sociedad. Hay, por consiguiente, una nueva definición del criminal: el criminal es aquél que damnifica, perturba a la sociedad.

En este contexto, MATHIESEN afirma que hay tres capas que protegen a la prisión: Los administradores del sistema del control penal, por los investigadores, intelectuales, científicos, unos callan porque han sido correctamente adiestrados en el silencio, otros por funcionalidad al sistema penal, también callan o “susurran sus protestas” y hay una tercera capa: los medios de comunicación: “Los medios de comunicación masivos modernos han dado, en distintos momentos, atención masiva y desproporcionada a una serie de ‘intrusos’ comparable con la caza y exposición de brujas que la Iglesia medieval y moderna temprana aseguraba estaban poseídas por el demonio (...)”<sup>179</sup>.

Esto sin duda debe ser entendido dentro del contexto de las sociedades de control, en las que como hemos visto, todo pasa por el ojo atomizado de la vigilancia.

---

<sup>177</sup> BARATTA, A.: *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, pg. 51

<sup>178</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: “Política...”, Op. Cit, pg 64

<sup>179</sup> MATHIESEN, T.: “La abolición...” Op, Cit pg 20

Tal como lo afirma BAÑUELOS “la sociedad tiende a establecer una vigilancia visual<sup>180</sup> sobre muerte, sexo, identidad, cuerpo, memoria, comunicación y verdad (...) la muerte como crimen, el sexo como pornografía, la identidad como ficción-montaje, el cuerpo como objeto, la memoria como herramienta, la comunicación como progreso, la verdad como discurso, el poder como información y la vigilancia como seguridad. Todo ello expresado en la imagen no sólo como soporte y representación, sino como sustitución de la realidad, imagen como instante puro o presente puro<sup>181</sup>”.

Sin duda, la prisión no se encuentra exenta de ese ojo visor, se trata de la imagen como espectáculo de lo real, y la vigilancia a través de ese ojo que todo lo atraviesa pretende dar legitimidad al ejercicio del poder, es que tal como lo ha afirmado GARLAND, si bien la fuerza es el elemento constitutivo del poder, las condiciones de su legitimidad y por lo tanto su reproducción debe estar articulada con el discurso del orden y con el imaginario social. Por eso, el Estado busca legitimarse por medio del uso de la política penal al perseguir determinados delitos que conmueven a la opinión pública aunque no necesariamente al orden social. Así, en el imaginario de los súbditos indefensos, temerosos, vulnerables, el Estado de manera más simbólica que real, protege a los ciudadanos al perseguir a la delincuencia, denominada: común (homicidas, ladrones, violadores)<sup>182</sup>.

### 3) El derecho penal en el siglo que comienza

Para dimensionar a la pena a los inicios del siglo XXI, es necesario, preliminarmente, contextualizarla en el complejo entramado que éste presenta. Abordaremos primeramente la concepción del derecho penal contemporáneo<sup>183</sup>, que, adelantamos, presenta ciertas características que lo evidencian distante de las ideas limitadoras del mismo. Veamos.

Es cierto que las sociedades del siglo XXI, presentan una serie de características muy propias, como hemos visto ya, con la consiguiente aparición de nuevas formas de

---

<sup>180</sup> La vigilancia cotidiana fuera de los muros se extenderá como última posta al interior de las prisiones con los circuitos cerrados de televisión y el monitoreo permanente de los reclusos durante las veinticuatro horas.

<sup>181</sup> Vid. BAÑUELOS, J.: “Videovigilancia en la sociedad contemporánea” en *Razón y palabra*, N° 31, disponible también en: <http://www.razonypalabra.org.mx/anteriores/n31/jbanuelos.html>

<sup>182</sup> PEGORARO, J.S.: *Notas sobre el poder de castigar* Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia, Ed. Flasud, México, 1997, pg. 10

<sup>183</sup> Reservándonos, por una cuestión expositiva y metodológica, el abordaje del contexto social de los inicios del siglo XXI, para un capítulo posterior.

criminalidad antes impensadas (tales como los delitos informáticos, los delitos económicos que trascienden fronteras geográficas, corrupción, los denominados delitos ambientales, como así también las complejidades de la criminalidad organizada, tráfico de armas, de drogas y de personas), lo que ha provocado una expansión del derecho penal. También es cierto que esa expansión se produce, primeramente, con la denominada criminalización primaria<sup>184</sup> echándose mano al código penal para resolver cuestiones que bien podrían ser resueltas en otro ámbito. Nos encontramos ante una expansión que se produce conforme van surgiendo “baches” en el orden social. La aparición de hechos que provocan “malestar social”, son los determinantes de la inflación. A mayor conflictividad social, mayor es el índice inflacionario del derecho penal.

Se crea una sensación de inseguridad colectiva, así, afirma SILVA SÁNCHEZ en su obra *La Expansión del Derecho Penal*: “(...) nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la “inseguridad sentida” (o como la sociedad del miedo). En efecto, uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era postindustrial es la sensación general de inseguridad, esto es, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo. Es cierto, desde luego, que los “nuevos riesgos” —tecnológicos y no tecnológicos— existen. Pero asimismo lo es que la propia diversidad y complejidad social, con su enorme pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad”<sup>185</sup>.

La sensación “común” de la inseguridad, forma parte de nuestras subjetividades y tiene carácter social, porque tal “sentimiento” no proviene de una interioridad individual aislada, sino que se vincula a los cambios provenientes de las instituciones propias de la sociedad capitalista de fines del siglo XX<sup>186</sup>. Los avances científicos y tecnológicos,

---

<sup>184</sup> En un primer momento, la criminalización primaria consiste en “la formalización penal de una conducta en una ley”, es decir, implica un acto legislativo que contiene una prohibición, bajo la amenaza de pena frente a la realización de la conducta prohibida. Luego, la criminalización secundaria es la acción punitiva —ya no en abstracto— sino ejercida concretamente sobre los individuos, es decir, es el acto del poder punitivo que recae sobre una persona que ha cometido un delito. Cfr. NUÑEZ, T.N.: “Constitución, sistema penal y configuración del otro cultural. Afectación al estado constitucional”. en *Suplemento de Derecho Público*, N° 43, Ed. Ediar Bs. As, 2006

<sup>185</sup> SILVA SÁNCHEZ J. M.: *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Ed. Civitas, Madrid, 200, pg 32

<sup>186</sup> En cambio, la época actual, inicios del siglo XXI, se caracteriza por el derrumbamiento de las instituciones de la sociedad industrial perteneciente a la primera modernidad, y por la erosión creciente de los basamentos ideológicos de la etapa anterior, ya que se generan representaciones sociales críticas con

más las nuevas pautas de la economía, generan peligros inusitados que hace pensar que el viejo y bueno derecho penal de la ilustración no va más y que debe someterse a cambios sustanciales que lo pongan a tono con la sociedad de riesgo<sup>187</sup>. En la fase de la sociedad de riesgo, el reconocimiento de la incalculabilidad de los peligros desencadenados con el despliegue técnico – industrial, obliga a efectuar una autorreflexión sobre los fundamentos del contexto social y una revisión de las convenciones vigentes y de las estructuras básicas de racionalidad. La sociedad deviene reflexiva en su autocomprensión como sociedad del riesgo, vale decir, se convierte en tema y problema para sí misma<sup>188</sup>.

Esta sociedad, supone, afirma MENDOZA BUERGO, un derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, lo que conlleva, por una parte, un frecuente recurso a la formulación de delitos de peligro -en buena medida de peligro abstracto- así como la configuración de nuevos bienes jurídicos universales de vago contenido, por otra. “Tal tendencia preventiva conllevaría una flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetivos y subjetivos así como de principios garantistas propios del Derecho penal de un Estado de Derecho”<sup>189</sup> En esa sociedad, se combate la sensación de inseguridad con más derecho penal, como medio “calmante”, según afirma la autora mencionada, así, se avanza hacia un derecho penal preventivo con un adelantamiento de la protección penal y con un alto contenido criminalizador. Es decir, que en lugar de encontrarnos frente a un derecho penal mínimo, nos encontramos frente a un derecho penal máximo, que responde a las “exigencias” sociales. Que las garantías en lugar de ser la regla se han convertido en la excepción. Así también el siglo XXI, nos encuentra ante una política criminal con rasgos represivos que la distancian de la comprensión íntegra del fenómeno criminal. En coincidencia con ZÚÑIGA RODRIGUEZ podemos decir que hoy en día, se prima la represión. No obstante, en una sociedad democrático-participativa, no es posible obviar la necesidad del estudio de las causas de la criminalidad, el estudio interdisciplinar sobre la

---

respecto a los ideales de la Ilustración Cfr.: VELÁSQUEZ, A.: “El entredicho en la correspondencia entre socialización y subjetivación: el problema de la indeterminación de las identidades individuales”, en *Comunicación y Sociología de la cultura*, Ed. Cuyo, Mendoza, 2005

<sup>187</sup> BODERO E. R.: BODERO E. R.: “Los nuevos paradigmas de la criminología y el derecho penal” en *Libro de Ponencias Magistrales del XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología Octubre de 2005*, Ed. Ara Lima, 2005pg. 241

<sup>188</sup> VELÁSQUEZ, A.: Op. Cit. pg 45

<sup>189</sup> MENDOZA BUERGO B. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* Ed. Comares, Granada, 2005, pg. 45 Vid. al respecto también MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho Penal en la ¿sociedad del riesgo?* Ed. Civitas, Madrid 2001



delincuencia, el diseño de programas integrales de política criminal sobre determinados delitos, en los que se privilegie las soluciones ante-delictum (...) se está presentando en los últimos años de adelantamiento de la intervención penal, (...) convirtiendo a la sanción penal en manos del Estado como *prima ratio*”<sup>190 191</sup>

#### **4) –Poder Punitivo. Continuidad o ruptura**

La historia, es sin duda, la historia del poder, y la historia punitiva lo es del poder punitivo, del despliegue de su ejercicio<sup>192</sup>.

Para FOUCAULT el poder no es privativo del Estado, sino que impregna el conjunto de la estructura social, a modo de una extensión externa al individuo donde se entretajan, negocien y residencien los intereses y las relaciones complejas y capilares. Además del poder político del Estado, que tiene una dimensión coercitiva, existen micro-poderes que alcanzan toda la actividad social. Una madeja de relaciones, organizada y jerarquizada, que llega al último extremo de la dimensión social. Poder es saber, esto es, capacidad propositiva, de discurso, de negociación, de acción. El poder, el dominio, como el mismo FOUCAULT reconocía, tiene una estructura simple, pero que reviste una multiplicidad de modelos<sup>193</sup>. El poder, con todo, no es un fenómeno de dominación masiva y homogénea de un individuo sobre los otros, de un grupo sobre otros, de una clase sobre otras; el poder contemplado desde cerca no es algo dividido entre quienes lo poseen y los que no lo tienen y lo soportan. El poder tiene que ser analizado como algo que no funciona sino en cadena. No está nunca localizado aquí o allá, no está nunca en manos de algunos. El poder funciona, se ejercita a través de una organización reticular. Y en sus redes circulan los individuos quienes están siempre en situaciones de sufrir o ejercitar ese poder, no son nunca el blanco inerte o consistente del poder ni son siempre los elementos de conexión. El poder transita transversalmente, no está quieto en los

---

<sup>190</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ L.: *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid 2001 pg 34

<sup>191</sup> Y es aquí donde se hace necesaria la alusión a la carencia en este marco, de una política criminal adecuada, respetuosa de las autonomías individuales, una política criminal democrática, ya que precisamente “se puede sostener que un Estado que respeta los límites de los principios y garantías en la intervención estatal basados en el respeto a los derechos fundamentales, actúa legítimamente y realiza una política criminal democrática, mientras que un Estado que no respeta esos derechos fundamentales, cuya actuación política busca la legitimación con la prevención, realiza una política criminal autoritaria” ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: *Política...* Op. Cit, pg. 35

<sup>192</sup> Vid.: FOUCAULT, M.: *Historia de la sexualidad: la voluntad del saber*, Ed. Siglo XXI, México, 1997; LUNA ALCOPA, M.: *Foucault y el eterno retorno*, Univ. de Sevilla, 2003, pg, 35

<sup>193</sup> FOUCAULT, M.: *Historia de la sexualidad*, Op. Cit. pg 130

individuos<sup>194</sup>. Para FOUCAULT, en consecuencia, el poder no es algo que posea la clase dominante, no es una prioridad sino una estrategia, es decir que el poder no se posee sencillamente se ejerce, sus efectos no son por tanto atribuibles a una apropiación sino a ciertos dispositivos que permiten su funcionamiento pleno. Además, sostiene que el Estado no es de ninguna manera el lugar privilegiado del poder sino que es un efecto de su conjunto, el poder actúa por medio de represión e ideología<sup>195</sup> “el poder produce a través de una transformación técnica de los individuos, el poder produce lo real”<sup>196</sup>. En este sentido, el escritor francés sostenía que la historia es el discurso del poder, el discurso de las obligaciones a través de las cuales el poder somete, es el discurso por medio del cual el poder fascina, aterroriza, inmoviliza; al atar e inmovilizar el poder es fundador y garantía del orden<sup>197</sup>.

Ahora bien, a diferencia de la historia tradicional, FOUCAULT reniega del intento de hallar una conexión causal, un vínculo, entre una cesura y cualquier otra anterior, entre este acontecimiento y los que le precedieron. Los sucesos históricos son consecuencia necesaria de la confluencia de una multiplicidad de causas, pero de ninguna de ellas tomada separadamente puede decirse que sea su causa necesaria, un sistema dinámico que no tienda a un estado de reposo y que conste de un número finito de elementos, acabará por originar pautas cíclicas de transformación<sup>198</sup>. En FOUCAULT, el momento y la historia aparecen como un discontinuo, como una superposición de enunciados, como un entrecruzamiento dialéctico, no sujeto a una armonía unificadora o reductora de la complejidad. Habla de la ‘historia global’, pero no con una lógica que concilia sistema social, pensamiento, tecnología, modas, sino como prácticas discontinuas que se entrecruzan en un momento dado o que divergen. Una crónica de discontinuidades, de afirmaciones y negaciones, de tensiones entre enunciados propositivos y las tensiones del poder. La historia, entonces, no aparece ya como una sucesión de hechos encadenados, sino como una recreación de lo discontinuo como sistema<sup>199</sup>.

---

<sup>194</sup> FOUCAULT, M.: *Microfísica del poder*, Ed La Piqueta, Madrid, 1980 Op. Cit. pg 78

<sup>195</sup> Vid.: FOUCAULT, M.: *Historia de la sexualidad...* Op. Cit Vid también: ÁVILA FUENMAYOR, F.: “El concepto de poder en Michel Foucault”, en *Aparte Rei. Revista de filosofía*, N° 53, Ed. Terra, Venezuela, 2007, pg. 30

<sup>196</sup> FOUCAULT, M.: *Historia de la sexualidad...* Op. Cit, pg. 67

<sup>197</sup> Vid. FOUCAULT, M.: *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*, Traducción PONS, H. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006

<sup>198</sup> FOUCAULT, M.: *Theatrum philosophicum*, Ed. Leyer, Bogotá, 1970, pg. 42.

<sup>199</sup> En *Vigilar y castigar*, FOUCAULT plantea cómo los mecanismos de los poderes establecidos van tejiendo e implementando sus diagramas de disciplina, control, sometimiento y normalización. Todo esto a partir de los cuerpos de los sometidos, hasta llegar a las almas de los mismos

FOUCAULT hace historia de los grupos marginados por la sociedad, no en tanto sujetos, si no como objetos de una tecnología sui géneris de dominación. De la misma manera, tampoco quiere que el pasado explique al presente, busca hallar la forma de darse de una práctica (de poder) en el pasado y luego ver cómo se da ésta en el presente, a fin de constatar en ambos casos la participación de la razón en la dominación. Es decir, opone a la tesis de la continuidad la tesis de la discontinuidad. De ahí todo su discurso sobre la metafísica del poder, al no ser inmanente ni central ni único éste sino en tanto posee un espacio social e implica una relación de fuerza entre dominados y dominantes<sup>200</sup>.

La posibilidad de retorno admitida, es entonces, la de un retorno que no es la repetición de la representación. Sólo lo diferente, sólo lo múltiple, lo azaroso, lo accidental, vuelve. En cambio, lo análogo, lo semejante, lo idéntico, no vuelve, está ya siempre ahí, presentándose una y otra vez, atrapado en el juego de las re-presentaciones<sup>201</sup>.

En ese proceso de discontinuidad de FOUCAULT hay sin embargo: una compleja ruta de descendencia; donde se identifica el accidente, el evento; se descubre que la “verdad” o el ser no se encuentran en la raíz de los que nos dice el saber, sino desde la exterioridad de los eventos se encuentran sucesos, cuya ejecución funciona para explorar las discontinuidades del poder que se ocultan en las figuraciones de la “verdad”, o de otras meta-realidades. La labor del historiador entonces no debe buscar eventos concretos como representaciones de la “verdad” de un suceso de una idea, sino una búsqueda de nosotros en relación con vectores de otras instituciones<sup>202</sup>. El eterno retorno en que lo otro se identifica con lo mismo para minar su supuesta identidad y hacerlo parecer como otro que sí mismo<sup>203</sup>.

Para NIETZSCHE, el presente no es confrontable con el pasado, es más, ni siquiera puede sacarse de él su pasado. La razón es bien simple: él es su pasado. Todo presente es, a la vez, de un golpe, pasado, presente y futuro. En él no hay otra referencia que a él mismo y por eso es azar, o mejor aún, su eterno retornar es lo que hace de él presente. La historia es un proceso sin tiempo regido por una voluntad de poder insistematizable, infinita, principio intrínseco de todas las cosas. Eso supone la eterna repetición de lo

---

Durante los siglos XVII y XVIII, dice FOUCAULT, se descubre el cuerpo como objeto y blanco de poder. Así, los cuerpos son sometidos, utilizados, transformados perfeccionados

<sup>200</sup> ZANOLLI, F.: “Michel Foucault, la historia social y el materialismo histórico” en *Filosofía del siglo XX*, Ed. Univ.de Colima México, 2010.

<sup>201</sup> LUNA ALCOPA, M.: Op. Cit, pg, 36

<sup>202</sup> RABINOW, P.: *The Foucault Reader*, Pantheon Books, California, 1984, pg. 88

<sup>203</sup> CARO VALVERDE, M.T.: *La escritura del otro*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 1999, pg. 160

mismo en tanto que dado, sin que conlleve la previsibilidad de nada, ya que, al encontrarnos frente al puro azar, sabemos qué sucederá pero no el cuándo ni el cómo. El regreso nietzscheano es concebido como el regreso de lo diferente donde lo originario se transmuta en simulacro. El eterno retorno donde presente y llegar a ser se confunden, no es más que la cumbre de la voluntad de afirmación nietzscheana que se actualiza como una posibilidad estética de azar<sup>204</sup>.

Todo queda en un juego de lo mismo en el que no hay cabida para lo otro. El retorno sería, pues, el ciclo sin fin de un pensamiento que se busca en el retroceso infinito del origen. Este tipo de retorno es el retorno de la repetición, el retorno unificador, el retorno de la representación. Frente al retorno repetitivo estaría el retorno que señala la aterradora proximidad de lo ajeno, el abrumador presente de lo desterrado, la salvaje multiplicidad de lo aparentemente único. Este es ciertamente el retorno que, al hacer volver, muestra lo mismo como extraño, como contrapuesto al fondo sin sentido que él mismo crea, doblega la entereza de la razón, de la historia, del pensamiento<sup>205</sup>.

DELEUZE por su parte, en la interpretación del eterno retorno nos dice que “El eterno retorno, tomado en sentido estricto, significa que cada cosa sólo existe mediante su retorno, copia de una infinidad de copias que no permiten ya subsistir al original ni siquiera en origen. De allí que al eterno retorno se le tache de paródico: califica a lo que hace ser (y retornar) de simple simulacro”<sup>206</sup>.

DELEUZE ha señalado: “El pensamiento moderno nace del fracaso de la representación, a la vez de la pérdida de las identidades y del descubrimiento de todas las fuerzas que actúan bajo la representación de lo idéntico. El mundo moderno es el mundo de los simulacros”<sup>207</sup>. En este sentido la reconstrucción del simulacro se traduce en la construcción de lo real de la historia, que tiene lugar sólo mediante el eterno retorno.

Haciendo ya concreta referencia al poder punitivo y su efectivización mediante la pena de prisión, consideramos que ésta solamente puede ser entendida y dimensionada desde el eterno retorno como ese regreso circular y continuo, como continuidad y no como ruptura del poder de dominación, atomizado en las sociedades del siglo XXI, pues

---

<sup>204</sup> Vid. NIETSCHE, F.: *La gaya ciencia*, Ed. Akal, Madrid 1988; NIETZSCHE, F.: *Así habló Zaratustra*, Ed. Alianza, 2002; PERÉZ, V.: *El eterno retorno nietzscheano*, Ed. UBA, Buenos Aires, 2007

<sup>205</sup> PÉREZ, V.: Op. Cit.

<sup>206</sup> DELEUZE, G.: *Diferencia y repetición*, Ed. Júcar, Madrid, 1988, pg. 32

<sup>207</sup> DELEUZE, G.: *Diferencia y...* Op. Cit, pg. 133

insistimos, consideramos que no estamos en presencia de un final y el inicio de un nuevo ciclo, aunque las nuevas tecnologías de control así parecerían indicárnoslo.

El círculo es la manera perfecta de entender que la historia tenga y no tenga dirección. Igualmente es la mejor manera de entender que tenga y no tenga sentido. El círculo es una flecha curvada, una flecha que apunta hacia sí misma, a su volver, por tanto, carece de sentido. O, mejor expresado, no tiene otro sentido que no sea ese mismo volver. El camino puede recorrerse paso a paso, pero siempre conduce a su comienzo<sup>208</sup>.

Consideramos, que la sofisticación, modernización y sistematización del control no es más que un aditamento que se incorpora a la metamorfosis de la manipulación, que debe siempre ser entendida en el contexto de las sociedades postdisciplinarias, pues aunque los cuerpos ya no necesitan ser disciplinados, continúan siendo, sin embargo, objeto, esta vez de control, pero al mismo tiempo de sometimiento, confirmando así que el poder sigue siendo ejercido por dentro generando márgenes por fuera, expungables hasta en sus más recónditos rincones, siendo la discontinuidad histórica continuidad finalmente, pues la constante a través de los siglos del ejercicio sobre el mismo objeto de poder punitivo ha sido la misma<sup>209</sup>. Con todo, es necesario un redimensionamiento de la pena privativa de libertad, compatible con el nuevo tipo de sociedad por el que nos toca atravesar en este nuevo milenio.

Estos datos nos demuestran que la prisión es un engranaje más de la sociedad de control, o de la última escala hacia ella. Sin embargo, no estamos en presencia de una era en que las viejas instituciones y prácticas se abandonan y otras nuevas se crean, como hemos visto ya, y coincidiendo con GARLAND, en verdad “(...) No ha habido procesos de abolición o de reconstrucción, como ocurrió cuando se dismantelaron el cadalso y la horca y, en su lugar, se construyeron las penitenciarías (...) La arquitectura institucional de la modernidad penal permanece firmemente en pie, como también el aparato estatal de la justicia penal. Es su funcionamiento estratégico y su importancia social lo que se ha transformado”<sup>210</sup>. Sí ha habido una tendencia punitiva “in crescendo”, la construcción de más prisiones, legislaciones más duras, pero la arquitectura institucional penitenciaria permanece imperturbablemente intacta, aunque como hemos dicho, se afirma continuamente que la prisión está en crisis y lo está, respecto de los fines proclamados por ella, pero como institución, continúa vigente .

---

<sup>208</sup> LUNA ALCOPA, M.: Op. Cit. pg. 35

<sup>209</sup> Así lo comprobaremos, los marginados primero, los excluidos luego.

<sup>210</sup> GARLAND, D.: *La cultura del control...* Op. Cit. pg. 277

Entonces retomaremos nuestra pregunta inicial: si consideramos a la historia punitiva como ese círculo que nos devuelve al principio, ¿cuál es el fin de la pena privativa de libertad en los albores del nuevo milenio? ¿Cuál es el fin de la pena privativa de libertad en el contexto de las sociedades de los albores del siglo XXI?

## CAPITULO II

### LA PENA

#### 1- Concepto de Pena

La palabra pena es incuestionablemente el eje alrededor del cual gira el derecho penal, de hecho es la voz que le da contenido y forma, la palabra que lo define. Pero ¿a qué a qué nos referimos cuando hablamos de pena? Se ha intentado conceptualizarla y definirla a través de la explicación del fin que ella cumple<sup>211</sup>. Sin embargo, consideramos de fundamental trascendencia la distinción del: “qué es la pena”, del “para qué la pena”, como dos esferas categoriales distintas, pero dependiente una de la otra, pues el fin es el fin siempre de algo y solamente en referencia a ese algo cobra significado. Se hace necesario conceptualizar el objeto de referencia primero. Así,

---

<sup>211</sup> Se han elaborado diferentes *Teorías de la pena* que indagan precisamente acerca de cuál es el fin que ella cumple. Por haber sido suficientemente abordadas, nos limitaremos solamente a remitir a bibliografía para quien esté interesado en su lectura, como así también de las críticas de diferentes autores sobre las mismas: Vid. JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Ed. Civitas, Madrid, 1996, Vid. también FERRAJOLI, L. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2001; KANT, I. *La Metafísica de las Costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994; KOLAKOWSKI L. “¿Por qué Necesitamos a Kant?”, en *La Modernidad Siempre a Prueba*, Ed. Vuelta, México, 1990; HEGEL, W: *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural o Ciencia Política*. Ed. Edhasa, Barcelona, 1988; Vid. ZAFFARONI, E. R.- ALAGIA, A-SLOKAR, A.: *Derecho...* Op. Cit., pg. 56, BUSTOS, J.- HORMAZÁBAL H.: *Lecciones de derecho penal. Vol I*, Ed. Trotta, 1995, Vid. también: MIR PUIG, S: *Función de la pena y teoría de delito en el estado social y democrático de derecho*, II Edición. Ed Bosch. Barcelona, 1982, pg. 28 *Determinación judicial de la pena*, Ed. del Puerto. Bs. As, 1993 pg. 25; RIVERA BEIRAS, I : *Politica criminal. Nuevas y Viejas racionalidades*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, pg.67 y sgs. ROXIN, C.: *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción de LUZÓN PEÑA, M. Ed Reus, Madrid, 1976, OLIVECRONA, K.: *Lenguaje jurídico y realidad*; Ed. Fontamara, México, 1992. pg 34; PARMA, C: *Temas de derecho procesal y penal*, Ed. Jurisprudencia, Mendoza, 1999, pg. 18; JAKOBS G.: *Sobre teoría de la pena*, Traducción de CANCIO MELIÁ, M., Ed. Universidad del Externado Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998; WELZEL, H.: *Manual de derecho penal. Parte general*, Traducción de FONTÁN BALESTRA, C. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1956, pg 2, Vid. ZAFFARONI, E. R.: *Manual de Derecho penal. Ed Ediar*, 1989, pg. 57 y sgs, Von LISZT, F.: *Tratado de derecho penal*, Ed. Valleta, Bs. As pg, 143; JIMÉNEZ de ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1992, Tomo II, pg., 59; GAROFALO, R.: *Indemnización a las víctimas del delito*. Traducción y estudio crítico, de Pedro DORADO MONTERO, Ed. Madrid, La España Moderna, Madrid, 1890); GOMEZ BRAVO, G, “Educar o castigar: la lucha del reformismo penitenciario español en el siglo XIX y principios del XX”, *Revista de Educación*, Universidad Complutense de Madrid, 2006 pg. ARENAL, C.: *Cartas a los delincuentes*, Imp. De Hospicio, La Coruña, SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo penitenciario español del siglo XIX* Ed Edisofer, Madrid, 2003, pg 148; Vid. también: GALERA GOMEZ, A.: “Rafael Salillas, medio siglo de antropología criminal española.” en *Revista Lull*, Vol. 9, 1986 pg. 83, VON LISZT F.: *La idea del fin en el Derecho Penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994, pg. 11, JAEN VALLEJO, M.: “La función social de la pena”, en *Revista de ciencias jurídicas*, Ed. Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 1998, pg. 56; Vid.: ROXIN, C.: “Sentido y Límites de la Pena Estatal”. En *Problemas básicos de Derecho Penal*, Traducción de LUZÓN PEÑA, M. Ed. Reus, Madrid, 1976, pg. 19; Vid.: SILVA SÁNCHEZ, J.: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pg. 211.

decimos que cada concepto es el producto y el reflejo de una determinada época, de un determinado contexto social, político<sup>212</sup>, económico, es una abstracción de los datos proporcionados por esa realidad, pero al mismo tiempo constituido por esa realidad. Previo entonces a cualquier desarrollo sobre la pena, deberemos sentar una base sobre la que edificar una construcción acerca de ella. Aquí, es necesario decir, que la pena es atravesada por una técnica de subjetivación<sup>213</sup>, lo que en verdad interesa, es, precisamente, lo que FOUCAULT llamaría su constitución histórica, en este caso, podríamos decir, siguiendo al profesor del Colegio de París, que la pena no es una sustancia, es una forma<sup>214</sup> y esa forma se va constituyendo en un proceso de subjetivación, no es estática, sino, por el contrario, dinámica en su relación con el juego de la verdad<sup>215 216</sup> y la verdad, en el sentido más *foucaultiano* de la palabra, está vinculada con una relación de poder que la produce y la mantiene- poder microfísico

<sup>212</sup> Son políticas las decisiones que afectan la conducta de grandes grupos humanos, sin necesidad de que las decisiones provengan del Estado. La referencia de la política al Estado es obligatoria sólo en el ámbito de la ideología política, en tanto la construcción del modo de producción cultural de la modernidad. La política no es sólo un producto del Estado entendido en sentido restringido, esto es: el aparato político delimitado a un espacio territorial dado (Estado nación). Son políticas en su dimensión más profunda de poder- contrapoder, las decisiones que toman otros conglomerados, tanto al interior de un espacio territorial nacional como por fuera de éste porque interpelan y afectan al conjunto. Vid. THWAITES REY, M.: *La autonomía como búsqueda, el Estado como contradicción*, Ed. Prometeo, Bs. As, 2004, Vid también: THWAITES REY, M., Reseña a LOGIUDICE, E.: *Agamben y el estado de excepción. Una mirada marxista*, Ed Herramienta, Bs. As, 2007

<sup>213</sup> Para FOUCAULT, el control, la gobernabilidad o el ejercicio del poder se ejercen apoyándose en el conocimiento de los diferentes campos científicos que resultan de la *objetivación* del sujeto (considerar partes de él como objeto de estudio). Es decir, cada objetivación da origen a un campo del saber (medicina, psiquiatría, sociología... tecnología). Posteriormente, los respectivos conocimientos son utilizados por el poder para subjetivar o definir a los sujetos según las categorías creadas en cada disciplina (enfermo-sano, loco-cuerdo, marginado-integrado... tecnólogo-no tecnólogo). Es lo que FOUCAULT, denominó procesos de *subjetivación*. Logró centrar el interés en la capacidad que tiene el poder para definir, construir objetos de conocimiento y para producir discursos sobre éstos. Llamó *genealogía* al análisis de las modalidades de poder; es decir, a la forma de demostrar que la génesis de lo que se entiende como racional y apoyo de la verdad, se basa en el poder. Con esta estrategia estudió el poder a través de sus prácticas reales y de su cara externa, a través de los procesos que “someten los cuerpos, guían los gestos, rigen los comportamientos, etc Vid, FOUCAULT, M.: *Hermenéutica del sujeto*, Ed. Akal, Madrid, 2001; GARCÍA VERA, A.B.: *La mirada encerrada*, Ed. De la Torre, Madrid, 2002

<sup>214</sup> La distinción entre forma y sustancia puede ser entendida en el sentido aristotélico referido a lo que ordinariamente llamamos cosas u objetos como lo correspondiente a sustancia, mientras que la forma es la que hace que esa cosa sea lo que es y no otra cosa. “Desde Aristóteles hasta el postestructuralismo, una engañosa continuidad pretende que éste haya sido uno de los tópicos fundamentales de la filosofía. Pero, un acercamiento desde el contemporáneo pensamiento postmetafísico, evidenciará que, bajo esta continuidad, cada época responde a una interrogante diversa” Cfr.: LOPEZ MUÑOZ, J.: “Michel Foucault y su crítica a la idea del sujeto”, en *Revista de pensamiento filosófico*, Univ. De Concepción, Chile, 2005, pg. 45.

<sup>215</sup> FOUCAULT, M.: *Hermenéutica...* Op. Cit, pg. 71

<sup>216</sup> Para el autor francés, la verdad es el conjunto de reglas según las cuales se discrimina lo verdadero de lo falso y se ligan a lo verdadero efectos políticos de poder. Todo depende, en última instancia, de los sistemas de enunciados de poder, cuya tarea es decidir qué es lo verdadero y qué no lo es. Cada sociedad tiene su propio régimen de verdad. Este régimen ha sido una condición de formación y desarrollo de la sociedad capitalista. Vid.: FOUCAULT, M.: *Historia...* Op. Cit.



primero, macro, luego, como veremos-. La pena siempre ha estado vinculada a ese entramado de poder, que la ha ido configurando como tal a lo largo de su historia.

Nos limitaremos, por ahora, solamente a demarcar en esta primera instancia el concepto de pena elaborado por diferentes autores correspondientes a distintas épocas históricas, para abordar luego, en este mismo capítulo, a la pena por excelencia: la pena privativa de libertad.

Partiremos del siglo XVIII por entender que este período imprime un sello decisivo, ya que es desde entonces cuando empieza a solidificarse el derecho penal occidental<sup>217</sup>, con la consolidación de las naciones-estados, el nacimiento de la sociedad disciplinaria- y esa microfísica del poder de la que hablaba FOUCAULT que no es el poder político ni de los aparatos de Estado ni el de una clase privilegiada, sino el conjunto de pequeños poderes e instituciones situadas en un nivel más bajo<sup>218</sup> - con la proyección de lo que se ha denominado como “modernidad”, constituida, en realidad, por un complejo proceso de índole económico-productiva, política, social, ética y estética, que encuentran su marco temporal más pleno en el período que se extiende desde mediados del siglo XVIII hasta los años iniciales del último tercio del siglo XX<sup>219</sup>.

## 1-1 Concepto de pena en el Siglo XVIII. Contexto histórico

---

<sup>217</sup> Comienzan a formalizarse lo que se ha denominado como el período de secularización del derecho penal con un vasto período de codificación en Europa, se vislumbra el nacimiento del derecho penal occidental con todas sus implicancias históricas. Se abre paso así el derecho penal liberal, producto precisamente del contexto social, económico y político de la época. Con principios que en palabras de GUZMÁN DÁLBORA todavía implican una “(...) deuda perenne que tienen aun hoy para con él los derechos político y punitivo de la cultura occidental: la concepción liberal de la vida en relación: su forma exterior democrática; el sometimiento de los poderes públicos a un estatuto fijo y general, que rige ante todo la propia actuación estatal y en fin, coronando la sede donde queda expuesto el hombre a las mayores restricciones de sus bienes jurídicos más importantes, la articulación de un derecho penal respetuoso de la libertad exterior del hombre y celoso custodio de su seguridad” Cfr. GUZMÁN DÁLBORA, J. L.: “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana” en *Revista Electrónica Iuspenalismo*. [www.iuspenalismol.com.ar](http://www.iuspenalismol.com.ar) Vid. PEREZ DEL VALLE, C.: *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*. Colección cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Ed. Dickinson, Madrid, 2007. LALINDE ABADÍA, J.: *El derecho en la historia de la humanidad*, Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona. 1988

<sup>218</sup> “No existe un poder; en la sociedad se dan múltiples relaciones de autoridad situadas en distintos niveles, apoyándose mutuamente y manifestándose de manera sutil a partir de dos relaciones: 1) Contrato - opresión, de tipo jurídico, con fundamento en la legitimidad o ilegitimidad del poder, y 2) Dominación - represión, presentada en términos de lucha - sumisión. El problema del poder no se puede reducir al de la soberanía, ya que entre hombre y mujer, alumno y maestro y al interior de una familia existen relaciones de autoridad que no son proyección directa del poder soberano, sino más bien condicionantes que posibilitan el funcionamiento de ese poder, son el sustrato sobre el cual se afianza” Cfr.: FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Siglo XXI, México, pg. 63

<sup>219</sup> VÁZQUEZ MEDEL, M.A.: Op. Cit., pg. 60

El siglo XVIII, ha sido llamado también, “siglo de las luces”<sup>220</sup>. Es en este período cuando se produce lo que se ha denominado como “ruptura del mito”. Lo que HABERMAS caracterizó, como la separación de la razón sustantiva expresada en la religión y la metafísica en tres esferas autónomas: ciencia, moralidad y arte, que se diferenciaron porque las visiones del mundo unificadas de la religión y la metafísica se escindieron. “El proyecto de modernidad formulado por los filósofos del iluminismo en el siglo XVIII, se basaba en el desarrollo de una ciencia objetiva, una moral universal, una ley y un arte autónomos y regulados por lógicas propias. Al mismo tiempo, este proyecto intentaba liberar el potencial cognitivo de cada una de estas esferas de toda forma esotérica”<sup>221</sup>.

El nacimiento de la ilustración, dio lugar a nuevas formas de pensamiento, caracterizadas por la prevalencia de la razón, pero la Ilustración, no es solamente el proceso por el cual los individuos verían garantizada su libertad personal de pensamiento; en ella hay superposición del uso universal, del uso libre y el uso público de la razón que buscaba abordar todo aspecto o dominio de la realidad, intentando extenderla a la religión y a la política. Han sido las corrientes del racionalismo y el naturalismo las que dieron un sustento ideológico a este siglo, que se tradujo en un tránsito primero y consolidación después de un Estado constituido por el “pacto social”<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Luego del oscurantismo de la edad media, en este siglo la razón era la única herramienta para llegar a la verdad. Hay una vuelta a la naturaleza, incluso había que convertir la religión en algo más humano, lo que ha llevado a la concepción precisamente de un cristianismo humanizado. La superioridad del hombre reside en el saber, el intelecto que vence a la superstición debe ser el amo de la naturaleza desencantada y el saber así es poder. Pueden sintetizarse los principios de iluminismo en: Rebelión contra las autoridades, racionalismo, la idea de ilustrar, optimismo cultural, vuelta a la naturaleza, cristianismo humanizado y la inviolabilidad del individuo. Vid.: ADORNO T. – HORKHEIMER M. *Diálectica del iluminismo* Ed. Sudamérica, México, 1997

<sup>221</sup> HABERMAS, J.: “Modernidad, un proyecto incompleto”, en *Revista Punto de vista*, N° 21, Ed. UNLZ Bs. As, 1998, pg 4

<sup>222</sup> Encontramos así la tesis de ROUSSEAU, para quien el estado de naturaleza es insostenible si los hombres no son capaces de ceder parte de su libertad a cambio de la concesión de derechos, lo que genera un esquema: derechos-deberes, constitutivo de esa nueva forma de sociedad. “Mas como los hombres no pueden crear por sí solos nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que ya existen, sólo les queda un medio para conservarse, y consiste en formar por agregación una suma de fuerzas capaz de vencer la resistencia, poner en movimiento estas fuerzas por medio de un sólo móvil y hacerlas obrar convergentemente. Esta suma de fuerzas sólo puede nacer del concurso de muchas separadas. Pero como la fuerza y la libertad de cada individuo son los principales instrumentos de su conservación, ¿qué medio encontrará para comprometerlos sin perjudicarse y sin olvidar los cuidados que se debe a sí mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede expresarse en estos términos: “Encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo tal que cada uno de éstos, en unión con todos, sólo obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes” Este es el problema fundamental, cuya solución se encuentra en el Contrato Social Cfr: ROUSSEAU, J.J.: *El contrato social*, Ed. Mestas. Madrid, 2001, pg. 178

Los filósofos iluministas<sup>223</sup>, basados en el modo de conocimiento de la naturaleza, explicaron del mismo modo, los fenómenos políticos y sociales, dando origen a una crítica revolucionaria del sistema institucional vigente en esa época, al que calificaron de irracional y contrario a la naturaleza, en múltiples aspectos, como la investidura del monarca como ser dotado por Dios de un poder absoluto y las diferencias sociales, amparadas legalmente en una sociedad jerarquizada. Todo fue objeto de análisis y discusión, surgiendo así, producto de una reflexión consciente, un Estado distinto, el Estado liberal, que incluye un modo de organización política, social y económica, diametralmente opuesto al absolutismo monárquico<sup>224</sup>.

Había quedado atrás la forma agrícola de vida y el sistema feudal. La consolidación industrial, sobre todo textil, dio origen a la literal invasión del campesinado a las metrópolis, con el incremento pavoroso de la miseria y la delincuencia callejera. Estas circunstancias, provocaban también la “necesidad” de una forma de contención<sup>225</sup> de los díscolos- es pues especialmente en la segunda mitad del siglo XVIII cuando puede empezar a vislumbrarse, como veremos más adelante, una transformación de la pena-.

Se ha dicho que en este siglo se produce una humanización del sistema punitivo, pero en verdad creemos que en este período encontramos una nueva forma de castigar, sustentada y compatible con la nueva forma estatal que asomaba, en palabras de FOUCAULT, una nueva economía del poder de castigar<sup>226 227</sup>.

En el contexto contractualista del siglo XVIII, el delincuente es “un traidor del contrato y de la sociedad en general “(...) la función penal es un atributo del estado que ha cobrado una mayor gravitación como ente regulador de las relaciones sociales

---

<sup>223</sup> El iluminismo ha tenido, sin duda, su desarrollo más importante en Francia, y sus más importantes representantes en MONTESQUIEU, DIDEROT, ROUSSIAU, BUFÓN, VOLTAIRE. Pero el movimiento se extendió también a España, con representantes como CADALSO, CABARRÚS, MUTIS, CAVANILLES. En Gran Bretaña, con NEWTON, BACON, LOCKE, HUME. En Alemania KANT, HEGEL, FEUERBACH. Vid. HAZARD, P.: *El pensamiento europeo del siglo XVIII*, Ed. Alianza, Madrid, 1999. Han sido los ideales gestados por la Ilustración los que luego abrevaron en las incipientes revoluciones americanas.

<sup>224</sup> HAZARD, P.: Op. Cit, pg 120

<sup>225</sup> Vid.: GARCÍA VALDÉS, C: *Cuadernos de Política Criminal N°1*, Ed Tecnos, Madrid, 1977, pg. 73

<sup>226</sup> Vid. FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit. pg. 78

<sup>227</sup> La Ilustración es para FOUCAULT un tipo de interrogación filosófica que problematiza nuestra relación con el presente y nuestro modo de ser histórico, así como también la constitución de uno mismo como sujeto autónomo. Ser un ilustrado no es estar ligado a unos elementos de doctrina sino reactivar permanentemente la actitud crítica. Define la ilustración como “un ethos filosófico que se podría caracterizar como crítica permanente de nuestro ser histórico”. Vid. FOUCAULT, M.: *¿Qué es la Ilustración?* Ed. Alción, Córdoba, 1996, pg. 93, Vid. También: OLLEROS OZIN. A.: *La ilustración según Michel Foucault*, Univ. De Paraná, 1994

fundamentales”<sup>228</sup> Desvinculada la idea del delito de la moralidad o de la religión, y siendo meramente el apartamiento del contrato, la violación del pacto; es que la incipiente burguesía del siglo XVIII expresará y propugnará el desarrollo de los principios de legalidad y taxatividad,<sup>229 230</sup> En esta época también surgen las: Garantías Procesales (por ejemplo la garantía del Juez natural, la garantía del estado de Inocencia) y las Garantías Penales, éstas últimas guiadas por el Principio de Legalidad, es decir, comienza a vislumbrarse como lo hemos dicho ya, la idea del derecho penal occidental<sup>231</sup> y es a partir de ese contexto que asomaremos, por ahora, solamente al concepto de pena, recurriendo a los diferentes autores de la época.

### 1.1.a) KANT

En Alemania se generaba un amplio debate en torno a la concepción de la pena, dentro del contexto de lo que allí se ha llamado el *Aufklärung*, y que KANT<sup>232</sup> describe como el hecho por el cual el hombre sale de la minoría de edad. “La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro”<sup>233</sup>. La divisa de la ilustración es así, para KANT, tener el valor del propio entendimiento, de la capacidad de pensar, es decir, la preeminencia de la razón sobre cualquier otra forma de pensamiento contaminado por lo irracional, o lo místico. KANT, en su *Metafísica de las costumbres* señala que “(...) el deber ha de ser una necesidad práctica incondicionada de la acción y deber para todos los seres racionales (que son los únicos seres a quienes puede referirse un imperativo), y sólo por eso ha de ser una ley para todas las voluntades humanas. En cambio, lo que se derive de la especial disposición natural de la

---

<sup>228</sup> GARCÉS, C. A.: “Apuntes para una historia social de social de la marginación penal: El siglo XVIII en el Tucumán” en *Revista Complutense de Historia de América*, 22, Servicio de Publicaciones, UCM; Madrid 1996, pg. 330

<sup>229</sup> MELOSSI, C- PAVARINI, M.: *Cárcel y Fábrica*, Ed Siglo XXI, México 2005, pg, 89

<sup>230</sup> Principios limitadores del poder punitivo, que en definitiva plasmaban la nueva concepción burguesa del estado moderno en el proyecto iluminista.

<sup>231</sup> Los principios y garantías liberales de la Revolución Francesa: el Principio de Igualdad de las personas ante la ley, el Principio de Legalidad, Garantías Procesales y la supresión de las torturas, y los principios utilitaristas de Jeremy Bentham –que mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto, aunque en ciertos casos surge la idea de la moralidad—reforman el Código Penal Francés de 1810 que entró en vigencia el 1º de enero de 1811. Este código quiere lograr la defensa social por el contenido intimidatorio de la pena, por lo que tiende a afligir al culpable. La idea de enmienda, sin embargo, está ausente. Vid.: MACHICADO, J.: “La Revolución Francesa y el Derecho Penal Liberal”, en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/11/eldp.html>

<sup>232</sup> El nivel más encumbrado del racionalismo lo encontramos en KANT, sus obras trascendentes fueron Crítica de la razón pura y de la razón práctica.

<sup>233</sup> KANT, I.: “¿Qué es la ilustración?”, en *Filosofía de la Historia*, Traducción de ESTIÚ, M. Ed. Nova. Bs. As 1964, pg. 58

humanidad, lo que se derive de ciertos sentimientos y tendencias, e incluso de alguna orientación concreta que pudiera estar inscrita en la razón del hombre, y no valga necesariamente para la voluntad de todo ser racional, todo eso podrá darnos una máxima, pero no una ley; podrá darnos un principio subjetivo según el cual tendremos inclinación y tendencia a obrar de cierta manera, pero no un principio objetivo que nos obligue a obrar de determinada manera, aún cuando nuestra tendencia, inclinación y disposición naturales sean contrarias. Es más: tanto mayores serán la grandeza y la dignidad interior de un mandato cuanto menores sean las causas subjetivas favorables y mayores las contrarias (...)”<sup>234</sup>.

La pena, es en consecuencia, para KANT, un deber del estado civil, al punto de que en éste debe imponerse siempre que se comete un delito; así, si se resolviese rescindir el pacto, antes de hacerlo debería imponerse la pena al último de los delincuentes porque de lo contrario el pacto no se rescindiría, sino que se quebrantaría por incumplimiento<sup>235</sup>.

El hombre, para el autor citado, es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio, la pena entonces tiene un carácter absoluto, es un imperativo categórico (moral) “(...)la pena no puede aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe ser siempre en contra del culpable por la sola razón que ha delinquido”<sup>236</sup>, termina, en consecuencia, asignándole un carácter talional, así afirma: “No hay más que el derecho del talión que pueda dar determinadamente la cualidad y cantidad de la pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un tribunal (no por el juicio privado)”<sup>237</sup> KANT, sin embargo, entiende el talión de un modo más bien simbólico, y en esa línea, no está de acuerdo con la composición, ésta no es racional, afirma. No es justa, “(...) así por ejemplo, no hay equivalencia entre las multas y las injurias, ya que entonces, las personas adineradas podrían ir a su antojo insultando a la gente; se debe en estos casos reparar también el honor de la persona injuriada besando la mano del ofendido aunque se lo considere muy inferior a sí: de esta manera se le castigaría hasta en su sensibilidad, en su vanidad; de tal suerte que el principio de igualdad quedaría restablecido”<sup>238</sup>. La ética kantiana sólo considera las acciones que surgen del querer del individuo, así “(...)

---

<sup>234</sup> KANT, I.: *Metafísica de las Costumbres*, Ed. Encuentro, Bs. As 2003, pg 145

<sup>235</sup> KANT, I.: *Metafísica...* Op. Cit, pg. 200

<sup>236</sup> KANT, I.: *Metafísica...* Op. Cit, pg. 84

<sup>237</sup> KANT, I.: *Metafísica...* Op. Cit, pg. 145

<sup>238</sup> KANT, I.: *Metafísica...* Op. Cit. pg 146

nadie es castigado por haber querido la pena, sino por haber querido la acción punible porque si sucede a alguno lo que quiere no puede ser esto una pena y es imposible querer ser castigado”<sup>239</sup> En esta visión kantiana se admiten dos tipos de pena: la talional y la de muerte, en el caso de un homicidio, pero es siempre la justicia pública la encargada de impartirla. Fundaba toda su tesis en el hecho de pertenecer el individuo al núcleo social y en la necesidad de subsunción de la voluntad del sujeto al imperativo categórico que es la pena, pues sobre el hombre individual y concreto, afirmaba, hay una situación puntual y es la preeminencia del “homo noumenon”<sup>240</sup>.

### 1.1.b) FEUERBACH

FEUERBACH por su parte, avanza en la distinción entre el derecho y la moral, lo que refleja, sin duda, la nueva concepción del Estado secular de la época. Para el autor alemán, están muy bien delimitadas las esferas de la razón práctica moral y de la razón práctica jurídica. Dentro de la concepción contractualista<sup>241</sup>, para FEUERBACH, el delito era una lesión jurídica, lo que la acción delictiva lesionaba era la libertad garantizada por el contrato, protegida por la ley penal<sup>242</sup>.

Así, FEUERBACH, define a la pena como “el mal que acompaña a la mala acción pasada”, sin embargo, afirmaba que el fundamento de la misma debe buscarse en la naturaleza misma del Estado, para ello debe distinguirse entre la pena moral y la pena jurídica, la primera surge de la conciencia del infractor y, la segunda, no penetra en la conciencia del individuo sino que se basa en la necesidad de armonía entre los propios actos externos y el principio de compatibilidad o justicia de la libertad de cada uno con la de los demás. Para el autor citado, el Estado solamente está autorizado a punir para asegurar bienes jurídicos, para asegurar al Estado frente al delincuente, así también descarta la concepción de pena como “venganza”, relegándola exclusivamente a la esfera estatal, preguntándose así, si no sería cruel castigar por el sólo hecho de haber

---

<sup>239</sup> KANT, I.: *Metafísica...* Op. Cit. pg. 249

<sup>240</sup> Vid al respecto: DIABARBORA, E.: “Notas del pensamiento de Kant acerca de la pena de muerte” en *Memorias del Tercer Congreso de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad Nacional de Rosario, 1984, pg. 60 y sgs.

<sup>241</sup> FEUERBACH, A.: *Manual de derecho común alemán*, (1801), Traducción: LÓPEZ, H. Ed. LB, Buenos Aires, 1973.

<sup>242</sup> Cfr.: SIERRA, H.M.; CANTARO, A.A.: *Lecciones de derecho penal*. Ed. Ediuns, Bahía Blanca, 2005 pg. 137,

delincuente<sup>243</sup>. En consecuencia, toda pena presupone una ley (*nulla poena sine lege*), la imposición de ella, la existencia de una acción criminal (*nulla poena sine crimine*), y por último, que a toda hecho criminal le corresponde una pena legal (*nullum crimen sine poena legale*)<sup>244</sup>. Afirma que, el Estado, tiene la misión de evitar infracciones del ordenamiento jurídico y lo hace a través de la coacción física y la amenaza psicológica (amenaza de sanción). Cuando falla la amenaza psicológica y se realiza el presupuesto de una norma penal, se aplica la coacción física lo cual justifica la pena, así, intentó concebir a la pena con un fin práctico y fue quien llevó a su punto más alto el pensar criticista<sup>245</sup> dentro del saber penal<sup>246</sup>.

### 1.1.c) HEGEL

En las postrimerías del siglo XVIII se abre paso el idealismo alemán<sup>247</sup>, cuyo punto de partida es la filosofía kantiana. Encontramos a HEGEL, para quien lo absoluto es la razón y todo lo demás son manifestaciones de ella. Solamente lo racional es real y lo real es racional. Razonar significa explicar un concepto formulando una tesis, que es una afirmación, luego se plantea una antítesis, igualmente racional, otra afirmación pero opuesta a la anterior. La razón está obligada a encontrar una tercera perspectiva donde estén integradas la tesis y la antítesis<sup>248</sup>. HEGEL, aborda a la pena como una de las partes del derecho, así, afirma que él es y tiene validez por su necesidad como lo efectivamente real, asegurado contra la voluntad individual existente meramente por sí<sup>249</sup>. El delito, es entonces, para HEGEL, una lesión del derecho, nula en sí y de por sí. En tanto voluntad y pensamiento, quien actúa pone una ley en esa acción, aunque sea ley meramente formal y sólo por él reconocida: un universal que vale para él y bajo el

---

<sup>243</sup> FEUERBACH, A.: *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducción. de la 14.ª ed. alemana (1847), por ZAFFARONI. E.R y HAGEMEIERS, I; Ed. Hammurabi, Bs. As, 1989

<sup>244</sup> Principios que dejara plasmados en el código de Baviera de 1813.

<sup>245</sup> Entendido como la corriente de pensamiento que pretende establecer los límites y la estructura de la razón.

<sup>246</sup> ZAFFARONI, E.R- ALAGIA, A- SLOKAR A.: *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar. Bs. As 2001 pg 269

<sup>247</sup> El idealismo alemán es un movimiento estrechamente vinculado a la ilustración y el romanticismo, de hecho, ambas corrientes han sido consideradas como la cuna del idealismo alemán. “La ilustración llegó a Alemania procedente de Francia (...) nunca hubo una época tan escéptica respecto de la tradición, tan confiada en los poderes de la razón humana y de la ciencia, tan firmemente convencida de la regularidad y de la armonía con la naturaleza y tan profundamente imbuida del sentido del avance de la civilización y el progreso” Vid. DOMINGO CENTENO, M. *La ilustración y el Romanticismo como cuna del idealismo*. Ed Éndoxa, Series Filosóficas, N° 7, 1996, Madrid, pg 202

<sup>248</sup> GARCIA MORENTE, M.: *Lecciones premilitares de filosofía* Ed. Losada, Bs. As, 1973, pg, 89

<sup>249</sup> HEGEL. W. *Filosofía del derecho*, Ed Sudamericana, Bs. As 1998, pg 104

cual él mismo a la vez se ha subsumido con su acción. La nulidad expuesta de esta acción, la realización conjunta de esta ley formal y del derecho-en-sí, primeramente por una voluntad singular subjetiva es la venganza que por partir del interés de una personalidad inmediata y particular es, solamente, y a la vez, nueva lesión que se perpetúa hacia lo infinito. Esta progresión se supera igualmente por un tercer juicio desinteresado: la pena”<sup>250</sup>.

Afirmaba HEGEL que, el que sufre la pena, tiene el deber de someterse a ella y auto gratificarse así éticamente. Toda pena implica la eliminación de la voluntad “lesionadora” del delincuente, que debe ser al mismo tiempo lesionada por una pena, debe ser eliminada; de ahí que se formule la siguiente proposición: “la negación de la negación”; es decir, una negación (delito) que afecta y lesiona bienes jurídicos y una segunda negación (pena), que eliminará el delito y restablecerá el orden jurídico quebrantado. Podemos explicar este párrafo de acuerdo a la dialéctica hegeliana; tesis: la pena como afirmación del derecho; antítesis: el delito como negación del derecho; síntesis: la pena como negación del delito<sup>251</sup>. La pena, sería la afirmación del derecho que, se impondría simplemente por la necesaria afirmación del mismo. El delincuente que ha causado una lesión, recibe una pena; pero como decíamos, ésta no sólo debe ser considerada un castigo, sino que importa un bien para el delincuente, más aún, HEGEL llega a firmar que constituye un derecho; por ser justa –la pena-es al mismo tiempo su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su derecho. Fuera del derecho, la pena es solamente violencia, y la pena, al ser establecida en la norma, expresa la esencia coactiva de derecho. Sin embargo, la pena que se imponía como una necesidad lógica y tenía carácter retributivo, era aplicable a los hombres libres, pero cuando se trataba de quienes estaban excluidos de la comunidad jurídica, la pena retributiva ya no tenía sentido, porque su condición de marginados sólo los podía hacer susceptibles de una medida que neutralizara ese peligro<sup>252</sup>.

#### **1.1.d) BECCARIA**

En el desarrollo de su opúsculo *De los delitos y las penas*, ya sobre fines del siglo XVIII, embebido de las teorías contractualistas de la época, concebía a las normas como

---

<sup>250</sup> HEGEL, W. Op. Cit, pg 156

<sup>251</sup> HEGEL, W. Op. Cit pg 134

<sup>252</sup> ZAFFARONI E.R.: *Manual...* Op. Cit. pg 230



las condiciones que rigen o regulan la convivencia en la sociedad, que era, al mismo tiempo, producto de la unión entre los hombres que cesaban un estado de guerra permanente, renunciando a una porción de su libertad<sup>253</sup>. Esta constitución societaria originaba un ente superior: el soberano, que era capaz de formar leyes generales que obligaran a todos sus miembros, pero ante la violación de esas condiciones de convivencia- violación que constituía el delito- debía juzgar un tercero, es decir un magistrado. Sin embargo dejaba bien en claro BECCARIA que, cualquier imposición de pena que no se fundara en una absoluta necesidad no era más que un acto tiránico. La pena solamente podía estar decretada por la ley que fijaba el límite de la misma e impedía la comisión de nuevos delitos y debía ser proporcional a éste<sup>254</sup>.

En la misma obra, el marqués dejaba sentado que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, podía aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente, las penas debían ser prontas, seguras, debía abolirse la tortura y la pena de prisión era para él aún más grave que la pena de muerte<sup>255</sup>. Justificaba, sin embargo, la aplicación de ésta cuando estaba en juego el poder<sup>256</sup>, así afirmaba “Por solo dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero cuando aún privado de libertad tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida”<sup>257</sup>.

### 1.1.e) LARDIZÁBAL Y URIBE

Perteneciente a la corriente de autores influenciados por las ideas de la ilustración, pero muy especialmente por la obra de BECCARIA, hallamos a LARDIZÁBAL y URIBE<sup>258</sup>, para quien la pena “(...) es un mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa”<sup>259</sup>. La pena, es esencialmente un mal, pero ese mal es, para LARDIZÁBAL, impuesto por una potestad superior, excluye, por tanto, a las venganzas privadas y como él mismo sostiene, tampoco son penas las que se padecen voluntariamente. La pena supone una

---

<sup>253</sup> BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y las penas*, Ed. Heliasta, Bs. AS 1993, pg 59

<sup>254</sup> BECCARIA, C.: Op. Cit. pg 63

<sup>255</sup> BECCARIA, C Op. Cit pg. pg 62

<sup>256</sup> Vid. PEGORARO, J.: *Notas...* Op. Cit

<sup>257</sup> BECARRIA, C.: Op. Cit, pg 74

<sup>258</sup> Fue un filósofo y jurista de origen mexicano aunque su obra la desarrolló en España. (1739-1820).

<sup>259</sup> LÁRDIZABAL y URIBE: *Discurso sobre las penas*, Ed. Porrúa México, 2005, pg. 78

autoridad jurisdiccional, ésta supone una ley, por consiguiente no hay pena sin ley, no hay ley sin legislador, ni legislador sin superioridad. La pena podría imponerse, para LARDIZÁBAL, sobre el cuerpo o los bienes de quien hubiese cometido un delito, por tanto, la pena era personal, individual, no debía trascender a la persona del delincuente. Asimismo, en la concepción de la pena, dejaba sentados dos principios: la malicia y la culpa, sin alguno de estos dos, la pena era inaplicable pues faltaba un elemento esencial para que hubiese imputabilidad. Las penas se fundan, también para LARDIZÁBAL, en el contrato, pero dentro de su cosmología cristiana, es Dios quien otorga poder al soberano<sup>260</sup>.

## **1-2 ) El concepto de pena en el siglo XIX. Contexto histórico**

El siglo XIX se caracteriza por la expansión de la industrialización en Europa, ello trae consigo el crecimiento de las masas obreras, y la necesidad de mano de obra. Los ideales de la revolución francesa, republicanos y liberales, abrevarán en los estratos burgueses de la sociedad europea y en las colonias americanas, donde los movimientos independentistas comienzan a tomar forma y a hacerse efectivos. Caracteriza este siglo el auge del liberalismo, no tan sólo en lo económico, con la libre competencia, el libre intercambio de bienes, sino también en la concepción misma del hombre que abre paso a la idea del individuo capaz de optar, de elegir, por el principio del libre albedrío. Dentro de este esquema, en el ámbito penal, el “homo penalis” es un equivalente del hombre económico desarrollado por el liberalismo económico, en particular por SMITH, ambos son considerados como “hombres de cálculo” que analizan los costos y beneficios de sus conductas<sup>261</sup>. Nos dice DEL OLMO: “Así, el individuo que rechaza el orden social, es un individuo que rehúsa ser libre y por lo tanto es perverso. La perversión puede tener distintas causas, pero da derecho a obligar al individuo a ser libre y en caso de rebeldía a tratarlo como una alimaña”<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> LÁRDIZABAL y URIBE: Op, Cit, pg. 95

<sup>261</sup> ABIDIN, C.: *La imagen del delincuente en la escuela clásica y la escuela positiva*. Ed Universidad Nacional del Centro. Bs. As, 2005, pg 5

<sup>262</sup> DEL OLMO, R.: *América Latina y su Criminología*, Ed. Siglo XXI, México, 1981, pg. 28

### **1.2.a)- La denominada “escuela clásica”**

Es, sin duda, en la evolución del siglo XVIII al siglo XIX, en el que se experimenta el tránsito de las “penas del cuerpo” a las “penas del alma”.

En este contexto, en Italia, surgía la que se ha llamado como “escuela clásica” del derecho penal<sup>263</sup>, como una reacción contra los excesos del derecho penal en el período de la venganza pública, el nexo entre sus partidarios fue el estudio jurídico del derecho penal sobre las bases racionales y aplicación de un método lógico, entre sus principales expositores encontramos autores como ROMAGNOSI, CARMIGNANI y CARRARA. Ésta, designada por FERRI, “escuela clásica”, preconiza la libertad racional del hombre. Tiene el hombre, por tanto, libertad para elegir entre el bien o el mal. Así, la actitud libre y racional del sujeto, se constituye en un presupuesto ineludible para la aplicación de una pena a quien comete un delito.

### **1.2.b) CARRARA**

Para CARRARA, la ciencia penal está al servicio de la libertad del hombre, “(...) el derecho es la libertad. La ciencia criminal bien entendida, es el supremo código de la libertad, que tiene por objeto sustraer al hombre de la tiranía de los otros y ayudarlo a librarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones”<sup>264</sup>. Según el autor citado, el delito es violación del derecho, en consecuencia éste debe implicar también la facultad de defensa. Para este autor, solamente serán consideradas delictuosas las acciones que ofendan el derecho ajeno, el delito supone entonces dos fuerzas especiales: una voluntad inteligente y libre, y un hecho lesivo exterior. La imposición de una pena, por tanto, se encuentra justificada en la violación del derecho ajeno y es un mal que se inflige al culpable que no debe exceder los límites de la tutela, en caso de que ello ocurriera estaríamos en frente de un acto de tiranía y de prepotencia, la pena debe ser proporcional al daño ocasionado, y no puede quedar sujeta al criterio arbitrario del legislador sino que debe someterse a los criterios jurídicos que pueden regular la calidad y cantidad de la pena de acuerdo al daño sufrido. La pena, en consecuencia, es aquel

---

<sup>263</sup> Aunque en verdad se niega la existencia de una escuela clásica propiamente dicha, puesto que ésta denominación fue creada por Enrico FERRI, de una manera despectiva y como una forma de contraponer el pensamiento positivista con todo el núcleo del pensamiento anterior. Vid. al respecto ZAFFARONI, E. R. *Manual de...* Op. Cit pg. 221.

<sup>264</sup> CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal*. Traducción GALLEGOS, B.; Tomo II, N° 661, Ed Temis. Bogotá, pg 56

mal, que de acuerdo con la ley del Estado infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiendo observado las debidas formalidades<sup>265</sup>.

### 1.2.c) ROMAGNOSI

Según ROMAGNOSI, el fundamento del derecho penal se halla en la defensa, que, cuando pasa de lo individual a lo social, sufre una mutación. El derecho de castigar es el derecho de defensa contra la amenaza permanente, fundamentado en la conservación de la felicidad<sup>266</sup>. La pena es, para ROMAGNOSI, el contra impulso al impulso que es el delito y éste no es la consecuencia de una voluntad libremente orientada hacia el mal, sino precisamente el resultado de ese impulso que es consecuencia de una serie de factores, particularmente sociales, entonces es preciso contenerlo a través de ese acto que llamamos, precisamente: pena, luego ésta actúa psicológicamente, contrarrestando el impulso criminal<sup>267</sup>.

Asimismo, para ROMAGNOSI, “si después del primer delito existiese certeza moral de que no sucedería ningún otro, la sociedad no tendría derecho alguno para castigarlo”<sup>268</sup>. Sin embargo, la pena no es el único medio de defensa social, antes bien, el mayor esfuerzo de la sociedad, debe dirigirse a la prevención del delito, a través del mejoramiento y desarrollo de las condiciones de vida social<sup>269</sup>.

### 1.2.d) CARMIGNANI

CARMIGNANI define a las penas como “(...) causas sensibles para respetar las leyes del Estado, derivadas del dolor, cuya cantidad ha de irrogarse a los delincuentes en la medida que las leyes mismas las determinan. Las penas constituyen la fuerza externa obligatoria para observar la ley, por eso nadie las define mejor de quien las llama obstáculos políticos contra el delito”<sup>270</sup> El derecho penal debía tener un fundamento en el hombre, él es sujeto de las leyes en cuanto es un sujeto que se dirige, pero ninguna acción es dirigible en tanto no proceda de un sujeto moral, por ende, ninguna acción

---

<sup>265</sup> CARRARA, F. Op. Cit, pg 276

<sup>266</sup> ROMAGNOSI, G.: *La génesis del derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1956, pg. 89.

<sup>267</sup> TERRAGNI, M. A.: *Estudios sobre la parte general del derecho penal*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, 2000, pg 135

<sup>268</sup> ROMAGNOSI, G.: Op. Cit, pg 27

<sup>269</sup> ROMAGNOSI, G.: Op. Cit, pg 28

<sup>270</sup> CARMIGNANI, G.: *Elementos del derecho criminal*, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, pg 135

para CARMIGNANI puede ser civilmente imputada de no ser también moralmente imputable, la pena es por tanto un mal que se impone al delincuente por sus delitos<sup>271</sup>.

### **1.2.e)- El positivismo criminológico y el concepto de pena**

Consolidado el poder hegemónico del capitalismo, comienza a consolidarse también la idea de un grupo perteneciente al sector de “valores dominantes”, que eran superiores en tanto pertenecían a la clase, también dominante, constituida por quienes detentaban el capital. La nobleza había sido ya desplazada y reemplazada por una incipiente burguesía fundada, ya desde fines del siglo XVIII, en una profunda transformación de las estructuras económicas y sociales que sirvieron de base a la denominada revolución industrial. Lo que sin duda se vio reflejado en la concepción del mundo, con la idea de un hombre que controlaba todo lo que le rodeaba como si tuviera una cualidad de dios<sup>272</sup>. Consecuente con este nuevo contexto, surge el positivismo, con él se pretendían negar los problemas metafísicos y explicarlo todo en base a la experiencia<sup>273</sup>, COMTE como uno de sus principales exponentes, sostenía que los problemas sociales y morales debían ser analizados desde una perspectiva científica positiva que se fundamentara en la observación empírica de los fenómenos y que permitiera descubrir y explicar el comportamiento de las cosas en términos de leyes universales susceptibles de ser utilizadas en beneficio de la humanidad. Únicamente la ciencia positiva podría hallar leyes que gobiernen, no solamente la naturaleza, sino también la propia realidad social, entendida como la sucesión y el progreso de determinados momentos históricos llamados estados sociales. Para COMTE, hay una denominada ley de los tres estados: uno teológico, uno metafísico y uno positivo, en este último el hombre no busca saber qué son las cosas sino que mediante la experiencia y la observación trata de determinar cómo se comportan, describiéndolas como fenómenos e intentando deducir sus leyes generales para prever, controlar y dominar la naturaleza y la sociedad<sup>274</sup>.

El Positivismo Criminológico, inserta el comportamiento del individuo en la dinámica de causas y efectos que rige el mundo natural o el mundo social, el infractor es, por tanto, un prisionero de su propia patología (determinismo biológico) o de procesos

---

<sup>271</sup> CARMIGNANI, G.: Op. Cit. , pg 115

<sup>272</sup> Vid. TUSSELL, J.A.: *Historia del mundo contemporáneo*, Ed. Universitas, Madrid, 1999.

<sup>273</sup> ZAFFARONI E. R.: *Manual...* Op. Cit, pg 239

<sup>274</sup> DIEZ DE LA CORTINA MONTEMAYOR, E.: *El positivismo de Augusto Comte*, Ed Insula. Caracas, 1985

causales ajenos al mismo (determinismo social): un ser esclavo de su herencia, encerrado en sí, incomunicado de los demás, que mira al pasado y sabe, fatalmente escrito, su futuro: un animal salvaje y peligroso<sup>275</sup>.

La teoría evolucionista de DARWIN ha tenido, sin duda, notoria influencia en esta escuela, pues el delincuente era entonces, en esa graduación, una especie de eslabón perdido que no había avanzado en la escala biológica. Así, imbuido de esta filosofía, el positivismo criminológico se constituyó en una reacción, a la que, despectivamente, FERRI- como vimos ut- supra- denominó escuela clásica. La corriente que mencionamos, justifica el poder como producto de una evolución orgánica<sup>276</sup> por tanto, podrían clasificarse a los humanos como de “mejor” o de “peor calidad”, los biológicamente superiores y los degenerados, atávicamente inferiores. Para esta escuela el delito era un fenómeno, un hecho de la naturaleza y debía ser estudiado desde la experiencia, no existe por tanto, la posibilidad de autodeterminación o libre albedrío, todo lo contrario, el delincuente está determinado a serlo y la sociedad tiene derecho a defenderse a través de la imposición de una pena. Como exponentes del positivismo criminológico encontramos a LOMBROSO que consideraba al delito determinado por causas biológicas, GARÓFALO pondría su acento en el aspecto psicológico y FERRI agregaría el elemento sociológico.

Para esta escuela, la ley penal segregatoria de los delincuentes cumplía en la sociedad la función que DARWIN asignaba a la selección natural, y como el criminal, en esta concepción, es un ser inferior que no pudo autodeterminarse, la pena por excelencia es la medida de seguridad, para poder determinarla era necesario evaluar antes su grado de peligrosidad, su grado de temibilidad. La pena para esta corriente consistía, entonces, en una segregación lisa y llana, cuando no una eliminación del delincuente fundamentada en la peligrosidad del mismo<sup>277</sup>.

### **1.2.f) El evolucionismo espiritualista. VON LISZT**

Dentro de la corriente positivista encontramos el evolucionismo espiritualista de Von LISZT quien insistió en el carácter terapéutico de la pena. Llegaba a la conclusión de que la pena debía ser retributiva y que la justicia de la pena radicaba en su naturaleza

---

<sup>275</sup> VILORIO DE LA FUENTE, J.C.: *Métodos de la Criminología*, Bs. As, 2005, pg.43

<sup>276</sup> ZAFFARONI, E. R.: *Manual...* Op. Cit, pg 239

<sup>277</sup> LOPEZ VERGARA, J.: *Criminología: introducción al estudio de la conducta antisocial*. Ed Textos Iteso. México, 2000. pg. 51 y sgs.

ética, la pena justa, para este autor, es la pena necesaria. Negaba la existencia del delincuente nato, para Von LISZT el “delincuente no nace, se hace”, por ello, la pena pertinente debía estar orientada a limitar su conducta antijurídica, a través de ella se protegía, en la concepción del autor alemán, el conjunto de bienes jurídicos.

De la reacción instintiva contra el reo no puede deducirse que la pena sea retributiva, ya que esa reacción era meramente objetiva, basada en la causalidad material y no en la culpabilidad. A juicio de Von LISZT, aún en la más primitivas épocas se percibe el fin de tutelar los bienes jurídicos y, poco a poco, el hombre adquiere la idea, la conciencia de ese fin. Sólo el fin puede justificarla y la pena justa será la que mejor proteja los bienes jurídicos. La pena es prevención actuada a través de represión <sup>278</sup> “(...) la pena correcta es la pena necesaria. Justicia en el derecho penal es la observancia de la medida de la pena exigida a través del fin” <sup>279</sup> Para Von LISZT una correcta política criminal debía tender al estudio científico de las causas de la delincuencia, pues el delito era un producto social, por tanto un daño social que sólo podía despejarse mediante la pena que es prevención mediante retribución, o, como bien podríamos también expresarlo, retribución mediante prevención <sup>280</sup>. Con esta afirmación se entiende el por qué, se castiga después de que se ha delinquido; la pena, entonces, es considerada como la actividad estatal dañina al delincuente, ocasionada por el delito; sin embargo, también deben existir otros mecanismos de acción del estado para hacer frente a la criminalidad como lo es la edificación de escuelas, profesionalizar a la policía, rediseñar las instituciones y fortalecer el pluralismo <sup>281</sup>. Afirmaba Von LISZT.

### **1.2.g)- DORADO MONTERO**

Otra variante del positivismo la encontramos en DORADO MONTERO, en realidad, la postura del profesor de Salamanca puede ser considerada como el punto intermedio entre el positivismo y el correccionalismo. Esto en razón de dos motivos, afirmaba pues el determinismo; el hombre estaba determinado en su concepción a ciertas conductas, el delito, constituido así por la sociedad, significa una caída en la dignidad humana del ofensor que lo hace por otra parte, acreedor de tanta piedad y compasión como la que

---

<sup>278</sup> JIMENEZ DE ASÚA, L “Corsi e recorsi .La vuelta de Von LISZT”, en *Nuevo Pensamiento penal*, Ed. UBA; Bs. As, 1972, pg. 35

<sup>279</sup> Von LISZT, F.: *La idea del fin en el derecho penal*. Ed. UNAM, México, 1994 pg 78

<sup>280</sup> Vid.: BARRERA, G.L.: *Política Criminal, con argumentación doctrinal*, Ed. Porrúa, México, 2010

<sup>281</sup> Von LISZT, F.: *La idea...* Op. Cit. pg 34

se concede al ofendido<sup>282</sup>. Hay, por tanto, un derecho del delincuente a ser mejorado, a ser corregido para bien, la pena era entonces una forma de protección que la sociedad debía brindar al delincuente.

Propondría un Derecho Penal preventivo antes que el represivo y combate el Derecho represivo y dominante, combate la idea de del derecho como la voluntad de los fuertes, explica también, que la sociedad como familia debe adoptar una posición de apoyo, patronato y tutela, una acción pedagógica entera, tornándose de represiva en preventiva y educadora, entre otras razones por un deber de justicia, porque la mayoría de los delitos tiene una profunda carga de injusticia social sobre el individuo que delinque<sup>283</sup>.

Es decir, no abandona, la idea correccionalista y protectora al mismo tiempo, de la pena.

### **1.3-Concepto de pena en el Siglo XX. Contexto histórico**

El siglo XX ha sido un siglo de enorme complejidad, marcado por dos guerras mundiales (1914-1918) (1939-1945), las ideologías totalitarias y las dictaduras del proletariado y del capitalismo, por la crisis económica del 30', por el afianzamiento y acumulación del capitalismo, por la división del mundo en "este" y "oeste", por la caída del muro de Berlín en 1989, el resurgimiento de ideas liberales, el estado de bienestar posterior a la segunda guerra, por las dictaduras latinoamericanas de los 70' y 80'. Hacia fines del siglo, el surgimiento de las ideas del mundo global, el progreso de la ciencia y la técnica, el avance de las telecomunicaciones y la informática, el desarrollo del neoliberalismo, el surgimiento de una nueva clase: los excluidos de la era de la globalización.

Así pues, en el contexto que tan lacónicamente hemos descripto y sobre el que profundizaremos luego, ha habido un concepto de pena muy diferente de acuerdo a la época y la ideología de los diferentes autores.

#### **1.3.a)- El Neocriticismo**

El neocriticismo se muestra contrario a toda metafísica, ya sea espiritualista o idealista; se opone a cualquier reducción de la filosofía a la ciencia empírica (ya se trate de la

---

<sup>282</sup> Cfr. ANTÓN ONECA, J.: *La utopía penal de Dorado Montero*, Ed. Universidad de Salamanca, 1950

<sup>283</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ, J.M.: "Nuevo derecho penal versus pedagogía correccional en Dorado Montero", en "El largo camino hacia una educación inclusiva," Universidad Pública de Navarra, 2009 pg. 128



fisiología o de la psicología), a la teología o a la metafísica. Según el neocriticismo, la filosofía debe volver a ser lo que fue para KANT: un análisis de las condiciones de validez de la ciencia y de los demás productos humanos, por ejemplo la moral, el arte o la religión. El neocriticismo excluye y combate el facticismo positivista, la metafísica idealista del espíritu o el enfoque religioso de los espiritualistas<sup>284</sup>.

Surge entonces un análisis jurídico retributivo del fenómeno criminal: el derecho penal neocriticista<sup>285</sup>, alimentado con elementos tomados del neoescolatismo y del neopositivismo, en otras palabras buscaba, en la pena, la retribución. Por otra parte, los totalitarismos europeos, procuraban disciplinar para la producción, también acumular capital productivo en el menor tiempo, siendo la respuesta puramente política con rechazo de todos los planteos diferentes como liberales, burgueses o marxistas<sup>286</sup>.

### 1.3.b)- El neokantismo

A inicios del siglo XX hubo en Alemania un movimiento hacia los postulados kantianos<sup>287</sup>. RADBRUCH, en el marco de la resistencia ideológica al nazismo, sostenía que si la ley no contenía ideales de justicia no podía ser ley, lo contrario implicaba fuerza, pero no ley. El Derecho no podía, para RADBRUCH, ser elaborado a priori. “No se podría definir al Derecho prescindiendo de su idea, es decir que el concepto no sólo debe contemplar el valor, sino debe derivarse de él. De manera que el concepto del Derecho es de carácter cultural”<sup>288</sup>. Frente al delincuente común, sostiene

---

<sup>284</sup> Vid. BELAVAL, Y.: *Historia de la filosofía: las filosofías nacionales de los siglos XIX y XX*, Ed Siglo XXI, Madrid, 1981, pgs, 65 y sgs.

<sup>285</sup> Las formas del neocriticismo están también marcadas por la polémica contra el empirismo y el psicologismo que reducen la validez del conocer, de la moralidad o del arte a las condiciones en que estas actividades se manifiestan. El retorno a KANT, es el retorno a la exigencia de no reducir la filosofía a la psicología, fisiología, metafísica o teología, sino de restablecerla en su tarea de análisis de las condiciones de validez del mundo humano.

<sup>286</sup> ZAFFARONI E.R.: *Manual...* Op. Cit, pg 259

<sup>287</sup> Movimiento que se ha denominado neokantismo para quienes las “cosas en sí” de KANT no existen. El movimiento surge como reacción al idealismo absoluto hegeliano. La ciencia del Derecho es la ciencia del deber ser. El neokantismo ha dado lugar a dos escuelas: la de Marburgo y la de Baden, la segunda escuela estaba caracterizada por desarrollar una visión de los valores y la primera delineaba una visión claramente formalista. La escuela de Baden ha sido la que mayor repercusión ha tenido en el ámbito penal. Para esta escuela, el valor no se limita a agregar un dato a la realidad, pues la realidad es un caos al que no se puede penetrar si no es por el valor que es lo que crea el objeto. Trasladado al ámbito jurídico, es posible hacer del saber penal una ciencia de la cultura que a partir de su método crea sus propios objetos. RADBRUCH, WEBER, JELLINEK, RICKERT, LASK, son autores pertenecientes a esta corriente de pensamiento. Vid al respecto, RODRIGUEZ GÓMEZ E.: “La idea del derecho en la filosofía de Gustav Radbruch”, en *VVAA Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N° 6, Lima, 2007, pg 32. Vid. también, ZAFFARONI, E.R. *Manual...* Op. Cit, pg 267.

<sup>288</sup> RODRIGUEZ GÓMEZ E.: Op. Cit pg 38

RADBRUCH, interviene la pena pero no con una superioridad de otro ser humano que se eleva sobre él, sino con la superioridad que reside en la pena misma. La principal tarea de la reforma del derecho penal debe ser, sostenía RADBURCH, el traer la administración de la pena bajo el dominio de consideraciones de carácter político criminal y ésta debía tender a evitar precisamente, la pena. Es necesario por tanto, antes, mejorar las condiciones sociales, en esto consistía la lucha contra el delito<sup>289</sup>.

Perteneciente también al neokantismo, MEZGER<sup>290</sup>, afirma que la pena es retribución, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor de un acto culpable, es la imposición de un mal adecuado al acto, la graduación de la pena es la medida del injusto, por tanto la medida de la pena es la medida de la culpabilidad. Hay, para MEZGER, una proporción entre la pena y el acto cometido. El castigo proporcional al daño distingue a la pena de la medida de seguridad, que será en todo caso proporcional a la peligrosidad social del autor del ilícito<sup>291</sup>.

### 1.3.c)- La corriente finalista

Transcurridos ya los horrores de la segunda guerra mundial, en Alemania, particularmente, se abre paso una tendencia moralizadora del derecho, surge una visión humanizada del mismo, y se produce un regreso y reivindicación de los derechos humanos. Ha sido WELZEL el creador de la corriente finalista<sup>292</sup> del derecho penal, arremetiendo contra el neokantismo y el positivismo.

Para el finalismo, el orden positivo no puede tener ningún contenido arbitrario, pues el mundo tiene varios órdenes a los que el legislador se vincula por las estructuras lógicas de la realidad, se encuentra, por tanto, ligado a determinados límites inmanentes del

---

<sup>289</sup> Cfr. RADBRUCH, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*. Traducción de DEL CAMPO, A. Ed. Depalma Bs. As 1980

<sup>290</sup> Entusiasta colaborador del régimen nazi, a punto de visitar el campo de concentración Dachau, para observar directamente a los “extraños a la comunidad”. Colaboró en la elaboración de doctrinas y textos legales que preveían la eliminación mediante esterilización, castración en internamiento en campos de concentración de los sujetos perjudiciales para el pueblo y la raza, entendiendo como tales a los delincuentes, los homosexuales, o judíos. Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: “Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944”. en *Revista Penal*, N° 11, La ley, Madrid, 2003 Vid. también MUÑOZ CONDE, F.: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. Ed Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2003

<sup>291</sup> Cfr. MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*, Traducción MIGUEZ, M. Ed. Hamburabi, Bs. As, 1998, Tomo II, pg. 69

<sup>292</sup> Construcción dogmática que se ocupa fundamentalmente del concepto y estructura del delito, cuya caracterización obedece a que parte del concepto final de acción como objeto de regulación de las normas penales y como base de la estructura del delito.

derecho positivo, y si el legislador no las observa, al hacer sus regulaciones, éstas serían falsas y el derecho perdería entonces eficacia<sup>293</sup>.

Para WELZEL, el derecho no protege bienes jurídicos individuales, sino por el contrario valores de acto de la conciencia jurídico social, y solamente por inclusión, la protección de bienes jurídicos particulares. La pena, dentro de esta concepción, es un mal que se impone al autor por un hecho culpable y se justifica como una retribución adecuada a la medida de la culpabilidad<sup>294</sup>.

### **1.3.d)-El concepto de pena en el Estado de Bienestar**

Coetáneamente a la re humanización del derecho a que hemos hecho mención, se abre paso el denominado Estado de Bienestar. Llamado así por una serie de características que le han dado sustento, fundamentalmente, por la implementación de políticas económicas que fomentaban el gasto público, traducido en lo que se ha denominado como gasto social. El “Estado de Bienestar”<sup>295</sup> (*Welfare state*) pretende, frente a los avances de la economía, regular el funcionamiento de la sociedad. Surgió desde lo global (desde los países centrales e industrializados) como necesidad de subsistencia del propio sistema, pero también fue modelo en los países periféricos. Si bien, este tipo de Estado no trataba de transformar la estructura del sistema económico, intentaba remediar las deficiencias, adoptando medidas que mejoraran los servicios de salud, educación, cultura, seguridad y defensa del ambiente, interviniendo, subsidiando actividades correctivas de las desigualdades sociales, tratando de resolver los problemas graves dentro de la estructura del Estado Liberal. La idea, para el “Estado de Bienestar”, es que era necesario intervenir, porque si se dejaba a la sociedad librada a su suerte, se caía en una irracionalidad donde los que más tenían tendían a incentivar aún más las diferencias sociales y económicas. El Estado, entonces, no debía limitarse a garantizar el funcionamiento del sistema sino que debía ser regulador de las relaciones sociales y

---

<sup>293</sup> HERNÁNDEZ M.: *El finalismo y sus implicancias en la dogmática penal y la política criminal*, Ed. UNG, México, 2006, pg 145

<sup>294</sup> Vid WELZEL .H.: *Derecho penal alemán*, Traducción BUSTOS RAMIREZ J. y YÁÑEZ, J. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

<sup>295</sup> Históricamente el término “Estado de providencia” fue creado en el segundo imperio francés (1852-1870) como reacción a leyes consideradas individualistas como la ley chapelier que prohibía los sindicatos.

fundamentalmente hacerse cargo de la “justicia distributiva” de los recursos, es decir, ser un Estado “incluyente”<sup>296</sup>.

A partir de la segunda guerra mundial es que adquiere fundamental importancia el Estado de Bienestar en los países occidentales, así es que la mayoría de los países capitalistas industrializados adopta la política económica keynesiana<sup>297</sup>.

Se señala el año 1948 como la fecha de inflexión en las transformaciones que la política social y económica experimenta en los países occidentales, especialmente en Gran Bretaña con la creación y ampliación de los servicios sociales, el mantenimiento del pleno empleo como objetivo económico primordial, y un programa generalizado de nacionalizaciones, el punto en común de todas estas transformaciones radica en la necesidad de una intervención directa del Estado en la actividad económica nacional<sup>298</sup>.

En este contexto, las políticas criminales y penales, se orientaron hacia lo que GARLAND ha llamado un programa correccionalista, el *welfarismo penal*. Un manifiesto político británico de la década del 60’ decía: “El delito nos concierne a todos, pero sólo el gobierno puede llevar a cabo una tarea efectiva”, no bastaba entonces con condenar el delito, era necesario conocer sus causas, el axioma básico del *welfarismo penal* consistía en que las medidas penales debían ser intervenciones destinadas a la rehabilitación en lugar de castigos negativos, retributivos. Se acentuaba todo un trabajo social con los delincuentes y sus familias. Se tendía a operar en contra de la pena de prisión tradicional y a un reemplazo del encarcelamiento por medidas con objetivos correccionalistas. El principio rehabilitador era un ideal dentro de esta concepción, un principio al mismo tiempo, organizador y hegemónico<sup>299</sup>. Se imponía entonces el “modelo rehabilitador” y se intentaba, en consecuencia, hacer coincidir los intereses de la sociedad con los intereses del delincuente<sup>300</sup>. La pena era entonces un medio para obtener un fin, de carácter rehabilitador.

---

<sup>296</sup> El paso de una seguridad social sólo para algunos a una seguridad social para todos los ciudadanos, marca la aparición del Estado de Bienestar. Los derechos de seguridad social, es decir, las pensiones, la sanidad, junto a los servicios sociales, el derecho a la educación, la cultura y otros servicios públicos aplicados al conjunto de los ciudadanos y no sólo a los trabajadores, definirán la política de bienestar social como sello de identidad de las democracias europeas más avanzadas. Vid. BARBOZA, M.: “El Estado de Bienestar”, en [www.iniciativasocial.net/historia.htm](http://www.iniciativasocial.net/historia.htm).

<sup>297</sup> Recibe este nombre por su creador John KEYNES. Teoría que se consolida hacia el año 1930 luego de la depresión económica. Sus postulados se basaban fundamentalmente en la necesaria acción del gobierno para impulsar la actividad económica. La principal obra de KEYNES fue *La teoría general sobre el empleo el interés y el dinero* publicada en Oxford en el año 1956. Vid al respecto: GIMENEZ, S.: *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero*. Ed. Fondo de la cultura económica, México, 1996.

<sup>298</sup> MORELL, A.: *La legitimación social de la pobreza* Ed. Anthropos. Barcelona, 2002, pg. 169

<sup>299</sup> GARLAND D: *La cultura...* Op. Cit., pgs 71 y sgs.

<sup>300</sup> KOSTENWEIN, E.: *Hacia una criminología menor: del estado, su castigo y sus víctimas*. Inédito

Empezada la década del 70', por una serie de factores, como la crisis del petróleo<sup>301</sup>, con alcance mundial, se produjo el dismantelamiento progresivo del Estado de bienestar que se tradujo en la disminución del gasto público con todo lo que ello implicaba. El nivel de consumo se resintió, lo que provocó un brote de ideología de ultraderecha que aprovechó la ocasión para atribuir la responsabilidad de la crisis a los gobiernos de centro, que por entonces, ocupaban el poder en la mayoría de los países centrales<sup>302</sup>. El papel del Estado como garante del funcionamiento del sistema comenzó a ser debatido<sup>303</sup>, con las correspondientes consecuencias, que ello traería aparejado en el orden social. Así se abrió paso la corriente denominada neoliberalismo.

### **1.3.e)- Las posturas neoliberales**

Según las posturas neoliberales, el Estado debía dejar de intervenir, había que disminuir el gasto público, sobre todo en las áreas como salud y seguridad social, posibilitar la libre competencia y generar políticas de transformación dirigidas a las privatizaciones. Hacia fines de la década 80' las consecuencias de esta reformulación del Estado comenzaron a hacerse visibles en los diferentes países: aumento de las tasas de desempleo, privatizaciones de áreas que hasta entonces habían sido típicamente estatales, disminución del poder adquisitivo- lo que provocó el crecimiento del empleo informal- la precariedad laboral y la flexibilización de las leyes profesionales. “La centralización del poder tecnológico, financiero, político y militar en pocas manos y países, como jamás antes en la historia, dio lugar a una globalización ‘desde arriba’ con creciente marginación social”<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> En 1973 los países árabes productores y exportadores de petróleo agrupados en la OPEP decidieron aumentar el precio del crudo, como consecuencia terminó el petróleo barato que había sustentado la industria de la posguerra.

<sup>302</sup> ZAFFARONI, E.R.: *Manual...* Op. Cit. pg 194

<sup>303</sup> Así se pusieron en marcha una serie de medidas que se tradujeron en la reducción de la intervención estatal por entender que debía dejar de hacerlo en el ámbito económico no sólo como contralor sino como generador y distribuidor de riquezas, ya que éstas últimas funciones hacían que el Estado elevara considerablemente su presupuesto dejando sin ganancias a las grandes empresas. De esta forma se ponía en lugar central, para la salida de la crisis, la reducción de los gastos del Estado. Así, en la mayoría de los países occidentales capitalistas se produjeron una serie de ajustes y recortes presupuestarios en áreas como salud y seguridad social. El fuerte incremento del desempleo, el cierre de empresas y el deterioro de las condiciones de trabajo hacia la década del 70' unida a la “revolución tecnológica” provocaron una consecuente disminución de la mano de obra. Nuevamente los índices de desocupación se hicieron sentir de manera rotunda en las sociedades supervivientes a la crisis del Estado de Bienestar. Vid. al respecto: FONTANA, P.S.: *El dismantelamiento del estado de bienestar*. Inédito

<sup>304</sup> UNESCO *Globalización y Diversidad Cultural*. Ed. ONU, Nueva York 1998, pg. 7

Estas políticas neoliberales se incrementaron a destajo en la década del 90' del siglo pasado, no sin que antes se anunciara el fin de la historia y de las ideologías. En el ámbito penal, este contexto trajo como consecuencia, el regreso a la ideología retributiva de la pena. Las ideas kantianas y hegelianas, volvieron a cobrar sentido dentro del contexto descripto. Se abrió paso así la corriente denominada neoretribucionismo.

### **1.3.f)- El concepto de pena para el neoretribucionismo**

Von HIRSCH, profesor de la Universidad de Cambridge, plantea la idea del “justo merecimiento”, sostiene así que “castigar a alguien consiste en imponerle una privación, un sufrimiento, porque supuestamente realizó un daño”<sup>305</sup>.

La capacidad de responder a la realización de un mal con un castigo o censura, es simplemente para Von HIRSCH, parte de la moralidad que considera a las personas responsables de su comportamiento. La pena, aunque proporcional al mal causado, implica siempre una privación considerable de propiedad y de libertad.

Von HIRSCH sostiene que, cuando el Estado criminaliza la conducta emite una amenaza legal, la conducta está proscrita y su realización importa la aplicación de castigos específicos<sup>306</sup>. La censura y el sufrimiento son dos nociones interrelacionadas, toda vez que la censura expresa la desaprobación que acompaña a una conducta, mientras que el sufrimiento es la consecuencia gravosa por la que se expresa tal censura, de manera que el cambio en la censura supone un cambio en el sufrimiento<sup>307</sup>.

Para Von HIRSCH, la medida de la pena será proporcional a la medida del daño causado. Es decir, la pena es ni más ni menos que pura retribución al mejor estilo kantiano.

### **1.3.g)- El concepto de pena para la teoría de la nocividad social**

Esta escuela alemana en la que se enrolan autores como JAKOBS y AMELUNG fundamenta su visión de la pena en la función de pedagogía social que ésta cumple. El

---

<sup>305</sup> Von HIRSCH A.: *Censurar y castigar*, Traducción de LARRAURI, E. Ed. Trotta, Madrid, 1998, pg. 45

<sup>306</sup> Cfr. Von HIRSCH A.: Op. Cit. pg.54

<sup>307</sup> BOLAÑOS GONZÁLEZ, M.: Recensión a *Censurar y Castigar*, en *Revista Cenecip*, Ed. Itet, Caracas, 2007, pg 181

derecho tiene, como función, estabilizar o devolver la estabilidad social resquebrajada por el delito, se trataría de una institucionalización de las expectativas de la sociedad en la norma. “Esto consigue que se penalice, no para retribuir un mal con otro mal equivalente, ni tampoco para disuadir a los potenciales violadores de la ley penal a no delinquir; se pena porque, a través de la pena, se ejercita la función primaria que es la de consolidar la fidelidad deseada, sea frente al derecho, sea en la confrontación con la organización social por parte de la mayoría”<sup>308</sup>.

Para AMELUNG, la pena es una herramienta que garantiza a ultranza la validez de la norma. Se pena entonces no ya para retribuir un mal con otro mal equivalente, ni tampoco para disuadir a los potenciales violadores de la ley penal a no delinquir; se pena porque, a través de ella, se ejercita la función primaria que es la de consolidar la fidelidad deseada, sea frente al derecho, sea en la confrontación con la organización social por parte de la mayoría<sup>309</sup>.

Para JAKOBS, dentro de su concepción funcionalista sistémica “La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación. La confianza en la norma o la actitud conforme a Derecho de los ciudadanos tan sólo son derivados de la realidad de la sociedad, que es lo único decisivo. Puede suceder que se desee alcanzar determinados procesos psíquicos como

---

<sup>308</sup> PAVARINI, M.: *Economía del exceso y castigos excesivos*. Univ. de Bologna, 2005, pg. 24

<sup>309</sup> El profesor de Bonn parte de la teoría del funcionalismo sistémico que se ha nutrido de las vertientes del funcionalismo de PARSONS, y la doctrina de los sistemas de LHUMANN. PARSONS parte del concepto de sociedad considerada siempre como una globalidad donde los individuos, grupos e instituciones cumplen con un determinado rol. La obra del profesor de Harvard se encuentra notablemente influenciada por la perspectiva histórica de WEBER, claramente también por HEGEL en lo referente a la concepción de las conductas acordes a las necesidades sociales como consecución de la interiorización de las normas hacia las exigencias de la sociedad. Su originalidad no reside en los conceptos sino en la manera de seleccionarlos y de combinarlos. De WEBER tomó, entre otros, el concepto de “Verstehen”, entendido como “definición de la situación según la percepción subjetiva del actor”; y la idea de “conducta social” como “orientación recíproca de los individuos y los grupos”. Estos elementos, tomados en el contexto del indeterminismo weberiano, proporcionaron a PARSONS la definición de un concepto clave: el de “acción social significativa”: una interacción entre dos o más personas, que incluye la motivación o intención de todas las partes intervinientes y no es una simple acción refleja. LHUMANN por su parte, funda la teoría de los sistemas sociales autopiéticos como un sistema que se reproduce asimismo, y que es al mismo tiempo un sistema de comunicación o comunicativo. Las sociedades se componen de comunicaciones y no de seres humanos, estos, en todo caso, son partícipes y ejecutores de una comunicación que los trasciende. Cfr. ARNOLETTI, E.J.: *Curso de teoría política*. Ed Eumed. Buenos Aires, pgs 73 y sgs; MONCLÚS MASÓ, M.: “La sociología del castigo en Émile Durkheim y la influencia del funcionalismo en las ciencias penales” en *VV.AA Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios* Ed. Anthropos, Barcelona, 2004, pg. 133 y sgs. MONTERO CRUZ, E.: “El funcionalismo penal. Una introducción a la teoría de JAKOBS”, en [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)

consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena”<sup>310</sup>.

### 1.3.g.1)- El derecho penal del enemigo

Se hace ineludible, en este punto, abordar el concepto de derecho penal del enemigo. Hablar de derecho penal del enemigo es hablar de JAKOBS como su principal representante, quien a principios del mes de octubre de 1999, en Berlín, Alemania, en un congreso sobre “La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro” exponía ya sus ideas, definiendo al enemigo como “El (...) individuo que, no sólo de manera incidental, en su comportamiento o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas), o principalmente a través de una organización (terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente el tráfico de drogas o el ya antiguo `complot de asesinato`), es decir, cualquier caso de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por lo tanto, no garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y demuestra este déficit a través de su comportamiento”<sup>311</sup>.

JAKOBS sostiene que “el Derecho penal del enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto y en cuanto éstos son actualmente no personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos”<sup>312</sup>.

Se castiga al individuo no por el hecho cometido, sino por el rol que representa dentro de la sociedad, por lo que es. El proceso penal se transforma en un momento de lucha contra el terrorismo o la delincuencia organizada, en una relación entre amigos y enemigos. El juez como representante del Estado (como amigo) es a la vez enemigo del culpable (del enemigo o no persona). Y así, en el lenguaje de JAKOBS, comienza a desarrollarse un “juego de palabras”, entre “personas como enemigos” o “enemigos como personas”. Se enfrentan dentro de esta concepción, digámoslo así, dos bandos: los ciudadanos (amigos) y los enemigos, las no personas. El Derecho penal del enemigo, se

---

<sup>310</sup> Si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce según la conocida expresión de HEGEL, “la irracional secuencia de dos males” Cfr. JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Ed. Civitas, Madrid, 1996, pg. 17

<sup>311</sup> JAKOBS, G.: “La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro”, en VV.AA, MUÑOZ CONDE, F (coord.) *La Ciencia del Derecho Penal ante el cambio de Milenio*, Trad. de MANZO, T- Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pg 59

<sup>312</sup> JAKOBS, G.: “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” en VV.AA. MUÑOZ CONDE F. (coord.), *La Ciencia...* Op. Cit. pg. 53-64, pg. 53.



origina en esta visión, en un estado de inseguridad, en el que la población cede convencida por una nueva política criminal: su Derecho a la libertad a cambio del Derecho a la seguridad<sup>313</sup>.

Dicho de otra forma, ante el estado de crisis, la manifestación de uno o varios sujetos como fuentes de peligro eran sólo latentes, pero es mediante el etiquetamiento estatal que dicha potencialidad se hace manifiesta. El Estado se encarga de identificar el peligro, y la población se solidariza – mediante la enemistad- a luchar por su conservación. Generándose una reacción masiva en contra del enemigo, donde se justifican las medidas represivas en el nombre de la seguridad. Así, en este contexto, el rol del Derecho penal es el de un simple instrumento subordinado a la ideología de la política vigente. Y es, en el tangible retroceso de la normativa que integra el Estado de Derecho, que evidencia no sólo la falta de capacidad por parte de los gobernantes de respetar las bases constitutivas del mismo; sino también el origen del Derecho penal del enemigo como una mera opción política<sup>314</sup>.

Dijimos antes, que se trata no más que del resurgimiento de una doctrina, que ha tenido un origen un tanto más distante en el tiempo, como veremos luego, pero que encuentra en MEZGER un referente obligado, así, este autor sostenía “La lucha contra la delincuencia habitual supone un exacto conocimiento de la misma. Hoy no disponemos de él. Se trata sólo del eslabón, ciertamente del más importante y peligroso, de esta cadena de patologías sociales. Mendigos y vagabundos, prostituidos de ambos géneros, alcohólicos, maleantes y gente del submundo en el sentido más amplio, degenerados anímica y corporalmente. Todos ellos constituyen el ejército de enemigos principales del orden social, entre los que los delincuentes habituales constituyen el estado mayor”<sup>315 316</sup>.

En algunos Estados esta propensión a la “tipificación del enemigo”, sabemos, es evidente y sin duda parece cada vez más latente en nuestra sociedad, tal realidad ha dado pie a aplicar también ya, por parte de los Estados democráticos de derecho una política-criminal más dura, y por ende y sin lugar a dudas, violatoria a los principios básicos y reguladores del derecho penal clásico, luego entonces, quebrantadora de

---

<sup>313</sup> VIZQUEZ, K.: “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?” en *Política. Criminal*, N° 3, Santiago de Chile, 2007, pg 13

<sup>314</sup> Cfr. VIZQUEZ, K.: Op. Cit., pg. 15

<sup>315</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger...* Op. Cit 171.

<sup>316</sup> Evidentemente, la historia nos ha demostrado que el derecho penal, puede ser usado de manera “excepcional”, sobre todo en los regímenes totalitarios, lo novedoso es que recientemente han acontecido sucesos que permiten hablar y demuestran claramente la “vigencia o justificación” de dicho derecho penal “excepcional”.

garantías y derechos constitucionales fundamentales, justificando tales quebrantamientos en garantizar la vigencia (estabilidad) de las normas, ya que supuestamente, para dicho sistema, son éstas las que aseguran que las personas actúen respecto de su rol en la sociedad, así, aquella persona que realiza un comportamiento prohibido, deja el rol social que le pertenece abandonan las expectativas que se tienen de él, dichas expectativas vendrían siendo, de acuerdo a esta corriente, lo primario o más importante y no propiamente la conducta que lesiona el bien jurídico protegido por la norma penal, lo que justifica que dicho “enemigo” no sea merecedor de las garantías que el derecho penal consagra a su favor<sup>317</sup>.

Todo “sospechoso” es tratado como enemigo, aunque lo legitime el derecho procesal penal. Por lo general, no se introduce expresamente o se elude toda referencia clara a la categoría del enemigo en el derecho ordinario, porque por lo menos se intuye su incompatibilidad con el principio del estado de derecho, pero con la mala conciencia se legitima o ignora el trato que como tal se depara a un número enorme de personas<sup>318</sup>.

Con estas justas palabras ha descrito el escenario que venimos relatando el profesor de la Universidad Pontificia de Salamanca, SEGOVIA BERNABÉ: el reto de saber coexistir con el diferente, el ser mismo al tiempo iguales pero diversos, la capacidad de gestionar los conflictos sin eliminar a la otra parte están, poco a poco, guardándose en el baúl de los recuerdos, mientras precipitadamente y sin sosegado debate, damos paso a un peligroso principio “tolerancia cero” de incalculables consecuencias para la cultura de los derechos y las garantías jurídicas<sup>319</sup>.

Bajo la estaca del derecho penal del enemigo<sup>320</sup>, en definitiva ¿quiénes sucumben?, ¿quién es el enemigo? podríamos perfectamente preguntarnos, y debemos responder que el enemigo siempre fue el otro, el distinto. “Es decir, que el término se asoció ayer y se asocia hoy con aquella persona distinta que ‘no es como uno’ ‘no piensa como uno’ ‘no tiene el color de piel de uno’ etc. En definitiva se trató siempre de una forma sutil de discriminación. La idea del Derecho Penal del Enemigo se contrapone al status del ciudadano. Sólo el ciudadano se encuentra vinculado con el derecho, por eso el delito de

---

<sup>317</sup> Vid. RODRIGUEZ, C. G.: “Actuales Tendencias del Derecho Penal, del garantismo al moderno derecho penal”, en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>

<sup>318</sup> ZAFFARONI, E. R.: *El enemigo en el derecho penal*, Ed Adiar, Bs. As, 2005, pg. 129

<sup>319</sup> SEGOVIA BERNABÉ, J.C.: “La Seguridad Ciudadana y las víctimas. Pistas para humanizar el sistema penal” en *Gobernabilidad y seguridad sostenible*, N° 12, Madrid, 2003.

<sup>320</sup> Para JAKOBS son características del Derecho Penal del Enemigo: el aumento sensible de las escalas penales, el socavamiento de las garantías procesales, una legislación de excepción que él llama “de lucha” y un adelantamiento de la punibilidad.

un ciudadano es un “desliz reparable”, una cuestión normal, pues el criminal (léase normal) tiene derecho a volver a arreglarse con la sociedad<sup>321 322</sup>.

## **2-Los discursos desmitificadores<sup>323</sup> de la pena**

Hemos visto, en los apartados anteriores, distintas concepciones que asignan a la pena un determinado fin, que legitiman el ejercicio de la función punitiva del Estado, en contra de quien ha delinquido.

ZAFFARONI, nos dice que según sea la función que se le asigne a la pena se procede a derivar deductivamente de ella toda una construcción teórica que abarca componentes pautadores, con lo cual cada teoría de la pena se convierte entonces en una teoría del derecho penal<sup>324</sup>.

Pues bien, en el ámbito del derecho penal ocurre exactamente lo mismo que ha ocurrido con la humanidad, que a lo largo de su historia no ha hecho otra cosa que tratar de justificar las barbaries que los hombres son capaces de cometer en contra de sus semejantes, así, el siglo que pasó ha sido testigo de las distintas formas de sometimiento: del hombre al Estado, del hombre al mercado, del hombre al hombre. Ha sostenido, con razón, ZAFFARONI. “Cada atrocidad se cometió en nombre de la Justicia, cada ideología tenía “su” idea de hombre y en la medida que lo realizaba todo estaba justificado por la necesidad”<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> PARMA, C.: “Derecho penal del enemigo”, en *Libro de Ponencias Magistrales del XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología Octubre de 2005*, Ed. Ara, Lima, 2005, pg. 148

<sup>322</sup> Sin embargo, no “todos los criminales” revisten la calidad de enemigos, así siguiendo al profesor ecuatoriano BODERO, podemos decir que el calificativo de enemigo incluye la mayor parte de la criminalidad excepto en los hechos, claro está, los responsables de la producción anual de dos millones de toneladas de detritus peligrosos, siete mil de desechos nucleares-con los que aún no sabemos qué hacer-, de la deforestación de los bosques, contaminación de mares y ríos, el calentamiento del clima, el empobrecimiento de la capa de ozono, causantes de desastres naturales, etc., es decir conductas criminales que afectan la vida de millones de seres y la existencia misma del planeta tierra. Vid. BODERO E. R.: Op. Cit, pg. 245

<sup>323</sup> Los denominaremos así por entender que son aquellos discursos que se han encargado de despojar del carácter ideal a la pena. Los que se han hecho cargo de demostrar el desfase entre las clásicas teorías de la pena y la realidad penal.

<sup>324</sup> ZAFFARONI, E. R.: *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Bs. As. 1989, pg 189

<sup>325</sup> ZAFFARONI, E. R.: *Manual de...* Op. Cit I, pg 71

El ejercicio de la violencia punitiva institucionalizada evidenciado en el Sistema Jurídico Penal (y efectivizado con el Sistema Penitenciario) no ha sido ajeno a esta necesidad de justificación<sup>326</sup>.

Así, FERRAJOLI, ha afirmado que el sumario de atrocidades llamadas penas es innumerable y asimismo con acierto ha sostenido “(...)si la historia de las penas es vergonzosa, no lo es menos la historia del pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas, que lleva no poca responsabilidad por los horrores cometidos: por omisión, por no haber levantado seriamente su voz nunca, hasta el siglo de las luces, contra la inhumanidad de las penas; y por acción, por haber expresado casi siempre adhesión y apoyo a la pena de muerte”<sup>327</sup>.

De manera entonces que la violencia está ahí, a la vista de todos y practicada por todos, por los que sancionan la delincuencia, por el individuo y por el Estado, no obstante, no toda la violencia es valorada por igual. Es siempre en la zona más baja de la escala social donde la función seleccionadora del sistema se transforma en función marginadora, donde mejor funcionan los mecanismos reguladores y sancionadores. “Esto se verifica propiamente en la creación y en la gestión de aquella particular zona de marginación que es la población criminal”<sup>328</sup>.

Así, el Sistema Penal<sup>329</sup>, para las teorías desmitificadoras presenta los siguientes rasgos<sup>330</sup>

---

<sup>326</sup> Es así que el endurecimiento y la hiperinflación de las normas punitivas, con la consecuente privación de libertad (como paradigma del sistema penal) no hacen más que justificar la necesidad de “mantener” la “seguridad ciudadana”

<sup>327</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho...* Op. Cit. pgs.386, 387

<sup>328</sup> BARATTA, A.: *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ed. Siglo XXI. Buenos Aires, 2002, pg 180

<sup>329</sup> “Por sistema penal se entiende el conjunto de agencias que operan la criminalización (primaria y secundaria) o que convergen en la producción de ésta. En este entendimiento, cabe hablar de sistema en el elemental sentido de conjunto de entes, de sus relaciones recíprocas y de sus relaciones con el exterior (o ambiente), y nunca como símil biológico, de órganos del mismo tejido que realizan una función, puesto que estas agencias no operan de modo coordinado sino por compartimentos estancos, o sea, cada una conforme a su propio poder, con sus propios intereses sectoriales y controles de calidad respectivos. El resultado de su funcionamiento conjunto no pasa de ser una referencia discursiva a la hora de develar sus reales funciones (se distancian las funciones manifiestas o proclamadas de las latentes cuando, en realidad, las motivaciones de los operadores de cada agencia son propias y contradictorias frente a las de los pertenecientes a las otras, e incluso entre las de quienes forman parte de otros estamentos de la misma agencia. Las interpretaciones del sistema penal que, por insuficiente base empírica, pierden de vista la compartimentalización y la diferencia entre funciones manifiestas y latentes en lo institucional, si son conservadoras o tradicionales, corren el riesgo de desviar sus conclusiones por confundir niveles discursivos con datos de la realidad, pero también de acabar en versiones conspirativas, si son críticas. Respecto de las últimas, es necesario advertir que del resultado final de la criminalización primaria y secundaria y del poder configurador y subterráneo que les es inherente, no es posible deducir que exista una convergencia intencional consciente para producirlo ni un poder central que lo opere para manipularlo” ZAFFARONI, R. E – ALAGIA, A- SLOKAR, A: *Derecho penal...* Op. cit pg 18. También se ha dicho que se entiende por sistema penal “Al conjunto de relaciones y procesos derivados

a)-Selectividad:

El aparato represivo cumple con esta función en tanto selecciona individuos y grupos sociales a los que indefectiblemente habrá de someter al proceso de criminalización prevaleciéndose de su visible vulnerabilidad social.

El Sistema Penal seleccionará personas y no conductas de los sectores económica y socialmente desfavorecidos por su grado de vulnerabilidad al aparato penal, son observados y rastreados a diferencia de lo que ocurre con los estratos superiores de la sociedad, donde existe una tolerancia o apatía al sistema con rasgos inexistentes de vigilancia penal.

b)- Marginación social: El sistema penal interviene como parte de una estructura marginalizante que viene a ratificar un condicionamiento marginal económico preexistente.

c) -Represividad excedente: Que se relaciona con la penalización excesiva e innecesaria que aplica el sistema penal y que multiplica la violencia social mediante su intervención generando el fenómeno de la inflación penal, esto es una mayor cantidad de tipos penales con una mayor escala punitiva.

d)-Ineficacia tutelar: Se evidencia una absoluta desprotección de la víctima del delito concreto, para quienes el sistema penal carece de respuestas específicas, por lo tanto, quedan sin recibir ningún beneficio o efecto reparador del aparato punitivo movilizado en su favor, carente de posibilidades reparadoras y de otro tipo de soluciones tutelares como no sea la inflicción de un castigo.

Se suma el efecto deteriorante sobre los criminalizados, la selectividad criminalizante del poder punitivo<sup>331</sup>, precisamente “ni las penas privativas de libertad, ni las penas

---

del ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Lo que permite tomar en cuenta relaciones “del control penal” que no estén dentro de los límites jurídicos, con lo que cabe más allá del control formalizado tener en cuenta al control punitivo no formalizado, ANIYAR diría el que opera bajo el sistema penal subterráneo, es decir, aquel que implica una punición (restricción o supresión relevante de derechos humanos), así como deben ser tomadas en cuenta aquellas arrogaciones que de tal control haga quien no lo tiene formalmente asignado, incluso mediante vías delictivas y de mayor violencia (tales son los casos de los escuadrones de la muerte o de las fórmulas primitivas de autodefensa). Esto tiene el sentido de mostrar la interacción y tensiones entre el Estado de Derecho y el Estado Policial. No persigue expandir los espacios de intervención punitiva, sino mostrarlos para limitarlos”. ROSALES, E. “Sistema penal y estado constitucional en Venezuela”, en *Capítulo Criminológico*, Ed. Instituto de Ciencias penales, Maracaibo, 2005, vol.33, no.4, pg 469

<sup>330</sup> PINTO QUINTANILLA, J. C.: *Cárceles y familia*, Ed. Dikaiona, La Paz, 1999, pg 15

<sup>331</sup> El ejercicio del poder punitivo, con su selección de criminalizados y victimizados por vulnerabilidad, el sacrificio de sus operadores, el refuerzo y autonomización de sus burocracias policiales, su imagen bélica, la reproducción de antagonismos sociales, su preferencia por el modelo de sociedad verticalista disciplinante (corporativa), no puede menos que identificarse como un capítulo del modelo de estado de policía que sobrevive dentro del estado de derecho. La legitimación del poder punitivo es un componente del estado de policía que opera en detrimento del estado de derecho. Al racionalizar funciones manifiestas

pecuniarias, en las actuales circunstancias, parecen estar en condiciones de satisfacer los fines que justifican al derecho penal, unas por demasiado aflictivas, las otras por demasiado poco, y tanto unas como otras por ineficaces o, peor aún, contraproducentes”<sup>332</sup>.

Dentro de este contexto han surgido las teorías que entienden que la pena no puede cumplir ninguna de las finalidades que le han sido asignadas.

Así, ZAFFARONI, se plantea la disyuntiva de legitimar discursivamente la criminalización y el ejercicio del poder punitivo por parte de todas las agencias del sistema penal; o limitar la legitimación al poder de reducción de sus agencias jurídicas (legitimar el acotamiento de la criminalización). Esta elección implica, afirma, haber decidido si en homenaje a la criminalización, se legitima la reducción del poder de las agencias jurídicas o si en homenaje a la limitación de la criminalización, se legitima el aumento del poder de éstas<sup>333</sup>.

Adelantándonos a lo que profundizaremos infra y, refiriéndonos concretamente a la prisión, podemos decir que los vejámenes sufridos en ésta, el riesgo de contraer enfermedades, de resultar lesionado o hasta muerto, la falta de asistencia médica, educacional y alimentaria, las negativas sistemáticas fundadas exclusivamente en aquellas teorías a recuperar la libertad anticipadamente (condicional, asistida o como quiera llamarse), la tendencias al suicidio, etc. demuestran una realidad que no se compadece con la que ofrecen las clásicas teorías de la pena<sup>334</sup>. Veamos entonces ahora, a las teorías que fundadas en los argumentos anteriores desmitifican a la pena:

---

y omitir el modo real de ejercicio del poder punitivo, se legitima este último. La asignación de funciones positivas al poder punitivo (teorías positivas de la pena) legitima el poder real que se ejerce con el pretexto de imponer unas pocas penas a personas vulnerables, aunque cabe reconocer que esta función legitimante se intenta con diferentes grados significativos, según sea la función manifiesta asignada: algunas procuran imponer mayores límites al poder punitivo (el llamado derecho penal liberal en todas sus variantes), en tanto que otras le asignan directamente funciones manifiestas claramente policiales, identificándose con ese modelo de estado (derecho penal autoritario). ZAFFARONI, E. R- ALAGIA, A SLOKAR, A: *Derecho penal...* Op.Cit, pg 43

<sup>332</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho...* Op. Cit pg. 341

<sup>333</sup> ZAFFARONI, E.R - ALAGIA, A- SLOKAR, A: *Derecho penal...* Op. Cit pg. 29

<sup>334</sup> Sostiene BARATTA, que no puede negarse que buena parte de la función punitiva, se realiza aún hoy al margen del derecho, él hace referencia a las torturas, a las muertes extrajudiciales, las desapariciones en las acciones ilegales de la policía, de los cuerpos militares y paramilitares, “en el desborde de la función punitiva al margen de la legalidad, como hemos visto en un pasado reciente bajo la dictadura fascista en Europa y vemos todavía en algunos países de América Latina”. BARATTA, A.: “Principios de derecho penal mínimo”, en: *Criminología y Sistema penal, Compilación in memoriam*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2004, pg 305

## 2.1) Teoría Agnóstica o negativa de la pena

El profesor argentino ZAFFARONI, enuncia su teoría agnóstica partiendo de la concepción de pena como: a) una coerción, b) que impone una privación de derechos o un dolor, c) que no repara ni restituye y d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. La pena es, para ZAFFARONI, un mero ejercicio de poder que impone privación de derechos o dolor, pero que no responde a los otros modelos de solución o prevención de conflictos. Se trata de un concepto de la pena que es negativo por dos razones: a) no le asigna ninguna función positiva a la pena; b) se obtiene por exclusión (es la coacción estatal que no entra en el modelo reparador ni en el administrativo directo). Es agnóstico en cuanto a su función, porque parte de su desconocimiento<sup>335</sup>.

La pena tiene para el profesor argentino, sólo una explicación política<sup>336</sup>. Pero la expresión “política” no debe ser entendida en el sentido de “partidista” sino en el sentido amplio de la palabra, como naturaleza incuestionable del ejercicio del poder<sup>337</sup>.

Conocida es la tesis del profesor ZAFFARONI que propugna la semejanza entre derecho penal y derecho humanitario, sostiene el autor citado, que el discurso jurídico internacional deslegitima las guerras pero las guerras existen, sin embargo, el sistema penal a diferencia de la guerra nunca fue deslegitimado por el poder, todo lo contrario, de manera que las agencias judiciales y las agencias generadoras del discurso penal se encuentran en la disyuntiva de asumir un papel semejante al que desempeñan las agencias del derecho humanitario, o bien, degradarse a ser apéndices burocráticos del poder. Se hace necesario, entonces, controlar la altísima violencia del sistema penal en los países periféricos, lo que trasciende la necesidad de hacer efectivas ciertas garantías

---

<sup>335</sup> ZAFFARONI, E. R.- ALAGIA, A.- SLOKAR, A: *Derecho penal...* Op. Cit, pgs, 44, 45.

<sup>336</sup> Dado que ese ejercicio de poder, en nuestro margen y debido a su función de contención de mayorías, en ocasiones resulta extremadamente violento, se ha pretendido confundir exageradamente los momentos de guerra y de política, particularmente por el discurso central de exportación (no utilizable para consumo interno central) que pretendió la existencia de una guerra permanente aunque de características especiales-“sucias”- capaz de legitimar cualquier ejercicio de poder incluso genocida. No siendo suficiente para los planes de expoliación de algunos grupos financieros centrales el ejercicio de poder verticalizante del sistema penal, se instrumentaron funcionales brotes terroristas y esa ideología para verticalizar militarmente a toda la sociedad, convirtiendo al sistema penal en un aparato de terrorismo estatal ZAFFARONI, E. R.: *En busca de...* Op. Cit, pg. 206

<sup>337</sup> “(...) el discurso jurídico penal siempre ha sido político y decirlo abiertamente no implica “politizarlo” (...) Cuando el jurista acepta que el derecho penal es político ya no puede ser exégeta o constructor de deducciones racionalizantes, sino el programador de un ejercicio de poder, un hombre de lucha. Queda en las manos del jurista decidir si genera un discurso al servicio de poder de agencias no judiciales, racionalizándolo como discurso funcional a un supuesto ‘sistema’, o si produce un discurso que genera un ejercicio de poder autónomo de las agencias judiciales, al servicio de la persona humana por medio de una contradicción reductora de violencia”. Cfr. ZAFFARONI, E. R.: *En busca de...* Op. Cit, pg. 208

respecto de las personas que se encuentran atrapadas por el sistema penal represivo, e importa la limitación del poder verticalizador. Dentro de este contexto, el concepto de pena, afirma, no puede ser proporcionado por ningún discurso legitimante, el poder político puede decidir qué conductas somete a pena y cuáles no, pero no tiene poder para decir que lo doloroso no duele. Y si el sistema penal es un mero hecho de poder, la pena no puede pretender ninguna racionalidad, ya que se constituye en un concepto recortado por las teorías que pretenden legitimar ese poder, se hace necesario construirlo desde su deslegitimación. La pena entonces no puede justificarse más que como una manifestación de poder, y su falta de racionalidad finca en que “no se trata de un instrumento idóneo para resolver conflictos. Luego, toda sanción jurídica o inflicción de dolor a título de decisión de autoridad que no encaja dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de otras ramas del derecho, es una pena<sup>338</sup>”.

ZAFFARONI, distingue entre dos modelos de coerción estatal, entre la reparadora o restitutiva, y la directa o la policial, la primera es propia del derecho privado, que tiene una función manifiesta y real. El primero es un modelo reparador o restitutivo, en tanto que el segundo no resuelve nada, lo que hace es dilatar el conflicto, pero no lo resuelve<sup>339</sup>.

Bien, como hemos dicho, ZAFFARONI compara al derecho penal con el derecho internacional humanitario y sostiene que el derecho penal debe actuar como elemento acotante del poder punitivo, se puede al menos limitar su violencia, partiendo de una teoría negativa de toda función manifiesta del poder punitivo y agnóstica respecto de su función latente: de manera que la pena (y todo el poder punitivo) es un hecho de poder que el poder de los juristas puede limitar y contener, pero no eliminar<sup>340</sup>.

Para ZAFFARONI, el derecho penal impide, a través de la protección de los bienes jurídicos, el avance sin límite del poder punitivo hacia la tortura, el homicidio, el pillaje, etc. El derecho penal neutraliza los elementos del estado de policía contenidos en el

---

<sup>338</sup> ZAFFARONI, E. R.: *En busca de...* Op. Cit, pg. 209

<sup>339</sup> “Pese a que no se puede hablar de delincuente sin hacerlo simultáneamente de víctima, la confiscación de ésta privó a la pena de todo contenido reparador y limitó la reparación al derecho privado, donde, en una sociedad caracterizada por grandes diferencias patrimoniales, no puede obtenerse cuando el demandado no tiene bienes. La pena podría perder algo de ilegitimidad como sanción reparadora si se la redujese a una coacción que obligase a la reparación, pero esta tendencia es apenas perceptible en la legislación vigente nacional y sólo un poco más extendida en la legislación comparada, donde se tiende a asociar los beneficios con los esfuerzos reparadores, devolviendo algún protagonismo a la víctima, como forma de obviar los aspectos más irracionales de la confiscación. De cualquier manera eso no es fácil en las sociedades con fuerte estratificación, sin perjuicio de que no existe sociedad en que todos los conflictos tengan solución”. ZAFFARONI, E. R- ALAGIA, A – SLOKAR, A: *Derecho Penal...* Op. Cit pg. 47

<sup>340</sup> ZAFFARONI, E. R – ALAGIA, A- SLOKAR, A: *Derecho Penal...* Op. Cit pg. 53.



estado de derecho. “Los propios discursos legitimantes que reconocen como función al derecho penal la protección de bienes jurídicos, deben admitir que no se trata de los bienes jurídicos de las víctimas, para lo cual se sostienen argumentos complejos, como que la pena tiene efecto represivo respecto del pasado y preventivo respecto del futuro, que no se ocupa de la víctima concreta sino que, mediante la estabilización de la norma, se ocupa de las futuras víctimas potenciales, que en el homicidio no se afectaría la vida de un hombre sino la idea moral de que la vida es valiosa, etc. Todos estos inconvenientes se eluden si se adopta un criterio de construcción teleológica del derecho penal que tenga como meta la protección de bienes jurídicos (seguridad jurídica), pero en lugar de caer en la ilusión de que protege los de las víctimas (o los de eventuales víctimas futuras y de momento imaginarias o inexistentes), que asuma el compromiso real de proteger los que son efectivamente amenazados por el crecimiento incontrolado del poder punitivo”<sup>341</sup>.

La teoría agnóstica de la pena del profesor ZAFFARONI, sostiene entonces, que la pena no tiene ni cumple ningún “fin”, que es sólo una manifestación de poder y que es deber de cada uno de los operadores del derecho “reducir el poder punitivo”, reducir la violencia.

## **2.2)- Teoría de la autopoiesis**

Para el profesor argentino PARMA, la pena se impondría con una sola finalidad: que el derecho penal subsista.

Afirma que las normas, las instituciones, se involucran las unas a las otras, se enfrentan, pero siempre “conviven”. Suelen hasta mutar para que la convivencia se haga posible, para el profesor PARMA, la tesis economicista es central en la concepción de la pena con una explicación político filosófica foucaultiana, así afirma “El pensador francés sostenía que todo se ve dominado por la economía y desde allí se arriesgaba a sentenciar que las reglas del derecho delimitan formalmente el poder y “transmiten la verdad” para armar ese equilibrio entre “poder-derecho-verdad”. Se funcionalizan las relaciones de dominación con técnicas de sometimiento polimorfos. Desde la teoría de los sistemas las sociedades han sido vistas como organismos biológicos. Esto les ha hecho revisar el

---

<sup>341</sup> ZAFFARONI, E. R – ALAGIA, A- SLOKAR, A: *Derecho Penal...* Op cit. pg 54

concepto de poder<sup>342</sup>. La teoría de los sistemas vivos o autopoieticos, a partir de la constatación de que estos sistemas tienen un patrón de red y las redes, por naturaleza, no tienen centro ni control, ha tornado conflictivo todo pues, es la “potestad de dirigir procesos la que está en crisis o controvertida”<sup>343</sup>.

Las modernas teorías de las organizaciones, de mando y autoridad, sostiene PARMA, apuntan hacia los liderazgos dinamizadores, democráticos y horizontales que operan a partir del ejemplo, del estímulo o de la facilitación. Aún así, el concepto tradicional y paternalista de poder está muy arraigado.

La concepción autopoietica sostenida por PARMA, parte de la analogía entre todos los sistemas vivos que se auto organizan y evolucionan conforme a su propia lógica organizacional y a su interacción con el ambiente, es decir, a partir de la concreta interacción de cada uno de sus subsistemas y de éstos con el entorno. Éste es un dato, afirma el profesor argentino, proporcionado por la física, la química, la biología y –por qué no- las ciencias sociales. “En el caso que nos ocupa: el poder judicial, las universidades, el poder ejecutivo, etc., tienen su propio poder organizacional. Vistas así las cosas, éste “sistema” no funciona para justificación o mantenimiento sino para subsistencia, por ello es probable que lo que ocurra simplemente lo sea para darle una razón a la sin razón.

El derecho se define por la función que cumple: la generalización y estabilización de expectativas de conducta: es un sistema autorreferente y autopoietico

Pero este poder que el sistema del derecho penal ejerce de hecho, es violento, históricamente lo ha sido, sostiene el profesor PARMA en su trabajo *La pena piadosa*.

Esta virulenta crítica ut supra formulada, que indica el fracaso histórico de las penas de prisión, se ha visto abonada por la opinión del interaccionismo simbólico<sup>344</sup>.

El autor citado, refiriéndose concretamente a la prisión, nos dice que es oportuno puntualizar que también se ha cuestionado el hecho que estas instituciones de encierro no sólo perjudican a los reclusos, sino que alcanzan a sus familias, hay una falta de interés social por la problemática de las prisiones<sup>345</sup>, como también que en los delitos no

---

<sup>342</sup> PARMA, C.: “La Pena Piadosa” en *Anuario de Investigaciones 2007*, Universidad Nacional de la Matanza, Departamento de Derecho y Ciencia Política, Buenos Aires 2007, pg 185.

<sup>343</sup> PARMA, C.: “La Pena...” Op. Cit, pg. 235

<sup>344</sup> Vid. al respecto GOFMANN, I.: *Internados. Ensayo sobre la situación de los enfermos mentales*, Ed Amorrortu, Bs. As, 1994. También un clásico en la materia: NEUMAN, E. – IRURZUN, V.: *La sociedad carcelaria*, 4ta. reimpresión; Buenos Aires. Ed. Depalma, 1984.

<sup>345</sup> En este sentido se escucha como argumento el hecho que en Argentina “no hay para comprar insumos hospitalarios o dar asistencia para la nutrición de un niño” por lo que las prisiones pasarían a un segundo o tercer lugar dentro de las necesidades básicas del país.

graves es poco el interés de la víctima por el encierro y más la ambición pecuniaria. Este universo de cuestionamientos hizo dar un vuelco importante dentro de la política criminal y -de suyo- en el derecho penal en su conjunto, por lo que se intensificó la búsqueda de sustitutos penales que sean una alternativa viable y justa a la pena de prisión. El alto grado de promiscuidad y hacinamiento de todo el sistema carcelario, no es un argumento baladí a la hora de definir si es posible la rehabilitación del interno. Y se pregunta, con razón: ¿Con qué sustento se puede reeducar en lugares donde no se respeta la dignidad humana? La superpoblación de los lugares de encierro y el aumento estrepitoso de los índices de delictividad nos muestran un panorama por demás agorero en la materia, específicamente porque la palabra prevención parece ser la eterna ausente a la hora de tomar decisiones ejecutivas en el plano político, sostiene PARMA<sup>346</sup>.

### **2.3) -La pena desde el abolicionismo al minimalismo**

El sistema penal, es la forma institucionalizada del ejercicio del poder punitivo del Estado frente al individuo. Como respuesta a este accionar, han surgido el pensamiento abolicionista y el minimalista; el primero plantea lisa y llanamente la necesidad de su supresión, de su eliminación, mientras que el minimalismo propone un derecho penal mínimo, garantista, que haga de la pena su expresión última y más grave.

Todo en un panorama desconcertante o al menos sombrío, pues el contexto mundial, de expansionismo penal, de endurecimiento normativo, de restricción y eliminación de garantías, hacen del abolicionismo y del garantismo una especie de Quijote contra los molinos de viento, insostenible en este momento histórico. Veamos.

#### **2.3.a)-Abolicionismo penal**

Esta tendencia puede decirse que ha surgido en los países escandinavos y Holanda, en las huestes de lo que algunos autores denominan postmodernismo<sup>347 348</sup>. Hacia fines de

---

<sup>346</sup> Vid. PARMA, C.: “La pena...” Op. Cit. pg. 123

<sup>347</sup> Etapa que presenta ciertas características: ya no se cree en teorías universales y ahistóricas, hay una rebelión contra la razón demasiado rígida y totalizante que todo lo simplifica y que construye sistemas cerrados que todo lo explican. Se busca un orden social no lineal, dinámico, que no sacrifique o niegue la diversidad, con una razón que respete lo complejo con todas sus gamas; crear un orden abierto a las posibilidades de cambio, la libertad, la complejidad que significa ser humano sin que ello conduzca a un desorden.

<sup>348</sup> Hay, en todo caso, en el ámbito punitivo, dos períodos anteriores: el antiguo régimen descripto claramente por FOUCAULT en su *Vigilar y Castigar*, en el que el cuerpo del condenado era el objeto de

la década del 60' del siglo XX, emerge una nueva concepción, la de la sociología criminal, que entiende que es imposible investigar el fenómeno criminal sin contemplar, al mismo tiempo, el contexto social en que éste surge. El criminal, el delincuente, tiene un status social que presupone necesariamente, por ello, el efecto de la actividad de las instancias oficiales del control social de la delincuencia, de manera tal que no llega a formar parte de ese estatus quien, habiendo tenido el mismo comportamiento punible, no ha sido alcanzado aún por la acción de aquellas instancias. Este último, por tanto, no es considerado por la sociedad como “delincuente” y ni lo trata como tal. En este sentido, el *labelling approach*<sup>349</sup> se ha ocupado sobre todo, de las reacciones de las instancias oficiales del control social, consideradas en su función constitutiva respecto de la criminalidad. Desde este punto de vista, se estudia el efecto estigmatizante de la acción de la policía, de los órganos de acusación pública y de los jueces”<sup>350</sup>. El

---

los suplicios, con un proceso carente de cualquier derecho de defensa. Los suplicios significaban el ejercicio del poder del soberano sobre quien había violado la ley, era la imposición de la ley literalmente sobre el cuerpo de quien la había violado, esto hasta fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX en el que comienza a extinguirse “la fiesta punitiva (...) el suplicio se hace intolerable. Irritante si se mira de lado del poder, el cual descubre la tiranía, el exceso, la sed de desquite y el cruel placer de castigar”. Vid. FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit pgs. 11 y 38

Ya en el siglo XIX nace la modernidad, período en que el hombre deja de ser el objeto del castigo y pasa a ser el objeto de “corrección”. Se inicia así un segundo período, donde la razón ocupa el lugar de lo metafísico y donde pueden distinguirse dos ramas a) la Ilustración (despotismo ilustrado) que busca perfeccionar la realidad dejando inmutable el régimen político por ejemplo: ROMAGNOSI y b) los revolucionarios, que quieren un cambio de régimen político (MARAT y BECCARÍA en algunos aspectos). Estas primeras teorías son ante todo teorías del control social, dejando en segundo plano el tema de la motivación humana. Se ocupa de la legitimidad del poder punitivo del Estado, de la utilidad y función de la pena, remontándose en ambos casos a la idea de consenso, del contrato social representativo de aquél y fundante de la sociedad civil, y de la idea de la utilidad social de la pena (idea que se mantendría durante toda la modernidad). La pena que se propugna por excelencia es la privativa de la libertad y una idea de prevención general (no ya ilimitada como en el antiguo régimen) limitada por la idea de “proporcionalidad” de la pena al daño producido por el delito, y una idea de prevención especial basada en la reinserción del individuo al pacto. Podemos vislumbrar que estas teorías acompañan y son discurso legitimante del ascenso de la burguesía al poder, por lo que se inmiscuyen en el terreno político y filosófico y tienen un fuerte contenido ideológico. El delito no es un hecho sino una construcción (ej.: un ente jurídico según CARRARA), la violación del pacto.

<sup>349</sup> Teoría criminológica del etiquetamiento o de la reacción social. Este novedoso enfoque superó con creces la valoración lineal y simplista que caracterizaba a la Criminología Positivista Clásica. Para los representantes del *labelling approach* (LEMERT, CHAPMAN, BECKER Y PAYNE) la determinación causal del delito se configura como un proceso problemático y relativo, pues afirmaban que tal fenómeno se construye socialmente a partir de procesos de definición y selección. Así, el interés del Paradigma del Control se centró en los procesos de criminalización interpretados como creadores de la criminalidad, reconociendo dentro de ellos dos variantes fundamentales: el estadio de definición legislativa, de creación de la Ley Penal conocido como proceso de criminalización primaria y los mecanismos de selección actuantes en el período de aplicación de la norma que derivan en la asignación a determinada persona de la etiqueta de criminal, estadio identificado comúnmente como proceso de criminalización secundaria. Vid. al respecto: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A: *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Ed. Espasa. Madrid; 1988, MELOSSI, D: *El Estado del Control Social*. Ed. Siglo XXI México, 1998; GONZÁLEZ RODRIGUEZ, M: *La Criminología en los umbrales del Siglo XXI*. Tesis de Maestría en Criminología. Universidad de la Habana, 2001.

<sup>350</sup> BARATTA, A.: *Criminología Crítica...* Op. Cit pg 84

abolicionismo plantea, en consecuencia, la falta de legitimidad del discurso penal, lo que encuentra asidero en las afirmaciones de FOUCAULT “(...) los grandes discursos han perdido validez (el discurso emancipatorio de la Ilustración y la especulación filosófica del idealismo alemán) –ello- significa que las antiguas ideologías se han hecho inoperantes, no sólo para legitimar y justificar la organización de los saberes, sino también inútiles y obsoletas para dar coherencia y fundamento a las prácticas políticas”<sup>351 352</sup>.

Se produce, por tanto, para esta corriente, una crisis en la idea resocializadora de la prisión, se repara en la estigmatización y en su aporte a la consolidación definitiva de la carrera criminal<sup>353</sup>.

Con todo, la crítica del abolicionismo lo es del sistema penal en su integridad, pero qué es y qué se propone abolir son las preguntas obligadas. El profesor de Castilla La Mancha, DEMETRIO CRESPO, nos dice que “en este nivel conceptual es posible distinguir un sentido restringido del término abolir, cuyo objeto sería únicamente la abolición de un aspecto concreto del sistema penal (por ejemplo, la abolición de la pena de muerte); y un sentido amplio cuyo propósito sería la abolición del sistema penal en su conjunto por considerarlo un problema social en sí mismo”<sup>354</sup>.

Siguiendo a LARRAURI podemos resumir los planteos abolicionistas de la siguiente manera:

- La ley penal no es inherente a las sociedades. Hay una expropiación del conflicto a la víctima fenómeno producto de la inquisición medieval.
- El delito no tiene una realidad ontológica, sólo se identifica por una decisión político legislativa.

---

<sup>351</sup> CIAFARDINI, M. A. – BONDANZA, M. L.: *Abolicionismo Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989 pg. 23

<sup>352</sup> El contexto epistemológico del abolicionismo se puede caracterizar por su actitud no positivista ante el concepto de verdad. La “verdad” es finita y transitoria, como la humanidad, nunca se la puede descubrir completamente

<sup>353</sup> Así BARATTA ha sostenido “(...) el principio del fin y de la prevención resulta cuestionado por los resultados de las múltiples investigaciones acerca de la efectividad del derecho penal y de sus sanciones e investigaciones que parten de las diferentes corrientes de la sociología criminal ya mencionadas. El principio de resocialización ha sido cuestionado particularmente por la sociología de la cárcel y de otras instituciones totales así como por las investigaciones acerca de la influencia de las sanciones estigmatizantes sobre la desviación y la reincidencia. Que la resocialización del delincuente haya sido una función efectiva de la cárcel y pueda ser realmente considerada como un fin alcanzable a través de medidas privativas de libertad, aparece definitivamente como una ilusión” Cfr. BARATTA, A.: *Criminología...* Op. Cit, pg 70

<sup>354</sup> DEMERTIO CRESPO E.: “De nuevo sobre el pensamiento abolicionista” en VVAA *Homenaje a Louk Hulsman, Cahiers de Defense Sociale*, 2003, pg. 111

- La responsabilidad a la que hace mención el sistema penal surge de una segmentada imagen de la realidad. Toma en cuenta el hecho en su microdimensión fáctica y no las circunstancias que lo rodean.
- La persecución penal es selectiva. La teoría del hombre delincuente de LOMBROSO terminó siendo la más honesta de las pretensiones descriptivas de los sistemas penales, aunque no haya sido concebido de esa forma por el autor.
- La pena no cumple la función que siempre nos han dicho que cumplía. Así sabemos que el derecho penal tiene un fin declarado y un fin latente, un monstruoso dios Jano que a la hora del desenmascaramiento muestra su rostro oculto y más despiadado<sup>355</sup>.

Dentro de los principales exponentes del abolicionismo pueden mencionarse a, CHRISTIE, HULSMAN y MATHIESEN.

### 2.3.b) CHRISTIE

Para CHRISTIE, la pena es un mal con intención de ser eso, sostiene que algunas personas deciden que otras deben sufrir un castigo, y que para lograrlo, el sistema penal debe, en la mayoría de los casos, estar organizado de manera especial. La retórica oficial, las teorías del derecho penal, afirma, varían de tanto en tanto y de lugar en lugar, sin embargo, las teorías penales modernas son el reflejo de los intereses del Estado y de la visión del mismo, tienen una imagen del hombre adecuada al sistema que lo castigará. A través de esta imagen podemos entender más sobre el Estado y a través del Estado podemos entender más la situación del hombre. Las estructuras dominantes tienen subcorrientes alternativas que pueden representar remanentes históricos. Pero también pueden representar a los primeros indicadores de potencialidades de cambio. El derecho penal tiene un carácter dicotómico, tiende a fijarse más en los actos que en las interacciones y que al observar más la situación primera olvida la trascendencia de la segunda, lo que permitiría analizar también la responsabilidad social<sup>356</sup>.

Afirma CHRISTIE, que las palabras “psicópata”, “monstruo”, “criminal”, “hombre peligroso”, son las que se utilizan una y otra vez en la descripción general de aquellos que han estado en contacto con la maquinaria del derecho penal y que la biología, la

---

<sup>355</sup> LARRAURI, E.: “Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, pg. 104

<sup>356</sup> CHRISTIE N.: “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”, en VVAA, *Abolicionismo Penal*. Ed. Ediar, Bs As, 1989

psiquiatría, y la psicología, resultan ser auxiliares más “naturales” de los tribunales penales que la sociología, que ha sido desechada por el derecho penal sin más<sup>357</sup>.

Los individuos, según el autor citado, son más fáciles de clasificar en categorías adecuadas al derecho penal, son blancos más fáciles para la culpa y el dolor que los sistemas sociales. La idea básica de derecho penal es que la pena es un instrumento para controlar a los ciudadanos y para lograr conformidad con las leyes. Todo o casi todo lo resuelve, si aumenta la drogadicción, hay que aumentar las penas, si los niveles de delincuencia aumentan hay que aumentar las penas. CHRISTIE afirma que se ha observado en los países nórdicos un mayor interés por la aplicación de medidas no penales, como una alternativa al castigo, la mayoría de las cuales se basa en discusiones directas entre las partes, que con frecuencia terminan en acuerdos de reparación del daño causado. Este cambio va, desde el uso monopólico de la pena por parte del Estado, hacia los intentos por permitir que las partes tengan oportunidad de encontrarse y buscar por sí mismos formas de reparar el daño. Estas ideas en conjunto se llaman “ideas abolicionistas, aunque algunas veces se las encuentra bajo denominaciones como “descarcelación” o “descriminalización”. La intención es reducir el sufrimiento, aumentar las respuestas positivas, y confiar básicamente en los seres humanos comunes<sup>358</sup>. Particularmente: si se permite participar responsablemente a las personas en sistemas sociales decentes, tenderán a comportarse de la misma manera, porque el hombre necesita un marco social que le permita mostrar sus cualidades humanas”.<sup>359</sup> En Noruega, estas ideas han llevado a reformas legales concretas. Se ha creado allí “un sistema que permite que todas las municipalidades tengan organismos para la resolución de los conflictos. El objetivo es que estos organismos se ocupen de las infracciones menores, hurtos, vandalismo, escándalos nocturnos, etc. Aquellos que se inclinan por el derecho penal dirán: por supuesto, tienen que limitarse a casos menores. Pero los

---

<sup>357</sup> CHRISTIE N. “Las imágenes del hombre...” OP. Cit.pg. 89

<sup>358</sup> Se entiende claramente que el territorio del derecho penal tiene que ser delimitado lo más posible. A la larga, tanto en éste como en otros campos importantes de la sociedad, habrá que organizar las cosas de tal manera que la gente común y corriente se vuelva participante, en vez de simple espectadora, en las cosas que tienen importancia para ella; o que se convierta en productora de soluciones en vez de mera consumidora. Será importante para nosotros avanzar a tientas hacia soluciones que obliguen a quienes están implicados a escuchar en vez de usar la fuerza, buscar arreglos en vez de dar órdenes, soluciones que fomenten la compensación en vez de represalias y que, en términos pasados de moda, animen a los hombres a hacer el bien en vez de, como en la actualidad, el mal. Cfr. CHRISTIE, N.: *Los límites del dolor*, Ed. Siglo XXI, Bs As, 2001

<sup>359</sup> CHRISTIE N.: *Los límites...* Op. Cit. 127.

grandes casos —los grandes pecados— deberán ser manejados incluso en el futuro por los tribunales”<sup>360</sup>.

Sostiene CHRISTIE que en su forma utilitaria, se acepta que el hombre —y las tragedias humanas— sean utilizados para propósitos que están fuera del propio hombre. “Si es necesario usar la pena, ésta no deberá tener un propósito. Pero aún así necesitaríamos normas en cuanto a la cantidad de la misma, deberíamos confiar en la extraordinaria habilidad de las personas corrientes para crear estas normas. La mayoría de las personas serán maduras, capaces de enfrentar problemas complejos en forma justa, si se las coloca en situaciones sociales en las que puedan demostrar estos atributos”<sup>361</sup>.

### **2.3.c) MATHIESEN**

El profesor de Sociología de la Universidad de Oslo plantea la necesidad de la abolición de la cárcel y de la pena privativa de libertad. La prisión, para éste autor, es irracional, y en nada contribuye a la sociedad. Las prisiones no rehabilitan, no cumplen una función de prevención general, tampoco funcionan como incapacitación y no sirven para cumplir con un ideal de justicia, señala. “Incapacitación que justificaría al encarcelamiento simplemente para prevenir que las personas enviadas a la prisión puedan cometer nuevos actos delictivos mientras estén allí encerradas (siempre con la vista puesta sólo en ese descenso de delitos en el exterior de la prisión). Pueden distinguirse dos clases de incapacitación, la colectiva y la selectiva. La diferencia entre la incapacitación selectiva y la colectiva es en realidad una cuestión de grados. El punto principal de la incapacitación selectiva es el de señalar que mejor que encarcelar grupos enteros de categorías de delincuentes, debe intentarse una predicción de aquellos individuos que tendrán una mayor tendencia a la reincidencia, especialmente de delitos graves”<sup>362</sup>.

El abolicionismo es, para MATHIESEN, una meta alcanzable a través del desestructuramiento de los cinco argumentos sobre los que se asienta, según el profesor noruego, el andamiaje punitivo. Así nos dice, haciendo una comparación con la inquisición española, que aunque las condiciones son muy diferentes hoy, el sistema

---

<sup>360</sup> CHRISTIE, N.: *Las imágenes...* Op. cit. pg 129

<sup>361</sup> CHRISTIE, N.: *Las imágenes...* Op. Cit. pg 141

<sup>362</sup> MATHIESEN T.: “Diez razones para no construir más prisiones” en: *Nueva doctrina penal*, N°. 1, Ediciones Universidad, Bs As, 2005



penal con la prisión como su hija pródiga también puede abolirse. El cambio cultural dentro de la Inquisición, la victoria por parte de una cultura alternativa y un entendimiento dentro del sistema, fueron entonces condición suficiente para la abolición. En la actualidad, es también muy necesario un cambio cultural dentro del sistema penal, y un cambio hacia un sentido de responsabilidad personal por parte de aquellos que trabajan en el sistema punitivo. Pero no sería una condición totalmente suficiente, ya que el sistema penal actual, del modo en que lo han esculpido los políticos, es mucho más dependiente del contexto más amplio de lo que llamamos “opinión pública” y los medios masivos de comunicación<sup>363</sup>. Así, la prisión, es un “gigante que se erige sobre arcilla”, con el significado de un sistema aparentemente sólido con un muy mal apuntalamiento, muy parecido a la esclavitud, el imperio romano en su última etapa, y el gobierno soviético en su etapa final.

La prisión tiene, sostiene MATHIESEN, cinco objetivos declarados que se utilizan o han sido utilizados para argumentar a su favor, el autor de mención, utiliza los mismos argumentos a contrario, para quitarle fundamento, veamos: Primero, afirma, está el argumento de la rehabilitación. En los últimos años, sin embargo, la criminología y la sociología han producido un importante número de sólidos estudios empíricos que demuestran con claridad que el uso del encarcelamiento no rehabilita al infractor de la ley encarcelado. Los estudios incluyen estudios experimentales, cuasi-experimentales, de una amplia gama de programas de rehabilitación, así como un gran número de estudios de organización y cultura carcelaria, que demuestran que la prisión es contraproducente en lo que respecta a la rehabilitación.

El segundo es el argumento de la disuasión individual; la noción de que llevar a un delincuente a prisión hará que éste ahuyente el crimen sólo por ser llevado allí. Los mismos argumentos y estudios en una gran medida van contra la noción de la disuasión individual del delincuente. La subcultura carcelaria es el ejemplo. En tercer lugar está el argumento de la prevención general, es decir, de los efectos disuasivos, educativos o formadores de hábito en la sociedad más amplia; sobre los otros que no han sido castigados, o que no están sufriendo castigo en ese momento. La hipótesis de la prevención general es menos tratable para la investigación empírica. Pero una afirmación muy conservadora sería que el efecto es al menos incierto y por cierto mucho menos significativo para determinar el desarrollo del crimen en la sociedad que

---

<sup>363</sup> MATHIESEN, T.: “La abolición: ¿un sueño imposible?” Trabajo presentado en la *VIII Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal*, Traducción FERREYRA, L., Auckland, 1997

las características de la política económica y social. Una afirmación algo más audaz, sería decir que tenemos gran cantidad de estudios, que sugieren que el efecto preventivo de la prisión es muy modesto o incluso mínimo, en los grupos poblacionales donde podríamos querer que el efecto fuese fuerte: en grupos predispuestos al crimen, grupos de intensos infractores de la ley. Mientras que, es quizás mayor la fuerza en grupos que por otras razones, son observantes de la ley de todos modos.

En cuarto lugar, está el argumento de la inhabilitación de los delincuentes. Tradicionalmente, el argumento ha tomado dos formas: la de inhabilitación colectiva y la selectiva. La inhabilitación colectiva implica el uso de la prisión contra categorías enteras de probables reincidentes. Sencillamente, uno se libra de ellos encerrándolos y tirando la llave. Esta es mayormente la política en los EE.UU. El punto en los EE.UU. hoy no es rehabilitar delincuentes, y tampoco lo es evitar que otros cometan actos similares, sino sencillamente sacar de la circulación social a los delincuentes. La inhabilitación colectiva ha sido intensamente estudiada en Escandinavia así como en los EE.UU. Aún cuando aceptásemos su moralidad, los resultados son, para no decir más, muy modestos<sup>364</sup>. En quinto y último lugar está la respuesta neoclásica al delito mediante la prisión, y la lista está completa. A pesar de que se admite que la prisión no puede evitar nada, presumiblemente puede equilibrar el acto reprehensible, igualando las pesas de la justicia. Pero ¿puede hacerlo?, se pregunta MATHIESEN. Para decirlo en pocas palabras, afirma: no puede de ninguna manera precisa balancear el acto, debido a que el delito criminal por un lado y el tiempo por el otro son entidades inconmensurables, y por encima de todo, porque la escala de castigo no puede ser “anclada” con seguridad. Por estas razones, la escala de castigo se construye en la arena, y cambia rápidamente con el rumbo político. Por las mismas razones, la escala de castigo brinda poca satisfacción a la víctima. Lo decisivo es el rumbo político más que su búsqueda de justicia<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> Así, una investigación sobre Carreras Criminales, auspiciado por el Instituto Nacional de Justicia, publicó un importante informe en dos tomos en 1986. Entre 1973 y 1982 la cantidad de prisiones estatales y federales en EE.UU. casi se duplicó. Durante el mismo período, la tasa de delitos no disminuyó. Se incrementó en un 29 por ciento, por cierto, un resultado catastrófico. Los cálculos con los que contaba el panel sugerían que dependiendo de la frecuencia de delito individual presumida, la tasa hubiese sido sólo 10 a 20 % más alta si el casi 100% de incremento en las cifras carcelarias no hubiese ocurrido. Esto puede considerarse como una modesta ganancia, pero contiene tres fallas básicas. En primer lugar, es una ganancia muy costosa en vista del espectacular incremento de las poblaciones carcelarias. Además, muy pronto se lleva a un punto de regreso a la disminución. Cfr. MATHIESEN, T.: *La abolición...* Op. Cit. pg. 89

<sup>365</sup> MATHIESEN, T.: *La abolición...* Op. Cit. pg 96

El fundamento metodológico del abolicionismo de MATHIESEN es el esquema marxista de análisis de la realidad, es decir, hace uso de una fundamentación metodológica materialista. Este fundamento metodológico y el esfuerzo por dotar de contenido conceptual a “lo inconcluso”, le permiten desarrollar una estrategia política que escape a la absorción-integración que hace el poder de lo que está “fuera”, al objeto de ponerlo “dentro”<sup>366</sup>.

### 2.3.d)- HULSMAN

La propuesta de HULSMAN es abolir lisa y llanamente al sistema penal ante su incapacidad para resolver los conflictos. El sistema penal, para el autor citado, causa sufrimiento innecesario que se reparte socialmente de modo injusto, no tiene efecto positivo sobre las personas involucradas en el conflicto, es sumamente difícil someterlo a control. El Profesor HULSMAN, propone un nuevo lenguaje que suprima las categorías de “crimen” y “criminalidad”, que encubren situaciones problemáticas de las más diversas variedades que no serán resueltas por el sistema penal, pero sí si son redefinidas como tales, resolución que podrá encontrarse a través de modelos de soluciones diferentes al punitivo “todos los cuales tienen ventaja de no ser necesariamente alternativos, en tanto el modelo punitivo siempre lo es (su aplicación excluye automáticamente a los restantes”<sup>367</sup>.

En cuanto a la justicia penal, el profesor HULSMAN, sostiene que es una manera de reconstrucción de la realidad que “concentra su atención en un incidente, estrechamente definido en el tiempo y en el espacio, congelando la acción allí y buscando respecto de ese incidente a una persona, un individuo a quien se le pueda atribuir la culpa o la realización del hecho”<sup>368</sup>, afirma que, “la asignación de culpa no provee información útil para controlar o remediar este tipo de eventos. Cuando mira situaciones problemáticas que pueden ser criminalizadas, es necesario, no sólo tomar una mirada micro, como se hace actualmente en el proceso de asignación de culpa sino también una mirada más amplia, macro”<sup>369</sup>.

Los ataques que lanza HULSMAN al sistema penal podrían cifrarse, a grandes rasgos, en los siguientes:

---

<sup>366</sup> DEMETRIO CRESPO, E.: Op. Cit. pg. 119

<sup>367</sup> ZAFFARONI, E. R.: *En busca de...* Op. Cit pgs. 103, 104

<sup>368</sup> HULSMAN, L.: “Alternativas a la justicia penal”, en *Revista Nueva Doctrina penal*, Traducción de BOVINO, A Ed. del puerto, Bs. As, 2004 pg. 56

<sup>369</sup> HULSMAN, L.: Op. Cit. pg 58

- a) Imposición de imágenes maniqueas, que se instalan casi por inercia en el dominio de la justicia penal y que algunos medios de comunicación de masas se encargan de difundir a través de la idea simplista de que hay buenos a un lado y malos a otro. Porque el sistema penal fabrica culpables, los estigmatiza, dice: “aquí están, estos son”
- b) Actuación mecánica y burocrática, y por ello injusta del sistema. Como toda gran burocracia, el sistema no apunta hacia objetivos externos, sino hacia su interior, tratando de atenuar las dificultades y asegurar su supervivencia.
- e) El sistema penal está basado en un aparato conceptual no operacional. En concreto, el concepto “crimen” no indica sino una decisión humana modificable, sin que haya nada en la naturaleza intrínseca del hecho que permita reconocerlo como tal.
- f) El sistema penal falsea todos los principios y valores sobre los cuales reposa (la igualdad, la seguridad, la justicia), ya que sólo se aplica a un número ínfimo de situaciones que se reduce a los casos registrados<sup>370</sup>.

### **2.3.e) -El minimalismo**

Se acerca a la teoría abolicionista pero no llega a sus extremos. Sugiere que el derecho penal se limite al máximo en su aplicación. Que sea la verdadera última razón (última ratio) que utilice el Estado para castigar conductas transgresoras.

El Derecho Penal Mínimo, surge en Europa del Sur y es el que mayor influencia ha ejercido en América Latina; según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la última ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes, frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del derecho penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito). El llamado carácter fragmentario del derecho penal, constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima.

Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos, no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del derecho penal<sup>371</sup>.

Esta corriente reconoce la inutilidad del actual esquema de represión penal de la criminalidad con esquemas de selectividad, estigmatización, lentitud judicial, y una

<sup>370</sup> Vid, al respecto: DEMTRIO CRESPO, E., Op. Cit pgs 121, 122

<sup>371</sup> LAYVA ESTUPIÑAN, M: *El derecho penal mínimo y el bien jurídico*, La Habana, 2005

inmensa cifra negra de criminalidad. Todo esto lleva ineludiblemente a la necesidad de propiciar un derecho penal en su mínima expresión <sup>372</sup> Es claro que, el Derecho Penal Mínimo, tiene correlato con el “máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo”<sup>373</sup>

Entre sus principales exponentes encontramos a FERRAJOLI y BARATTA.

### **2.3.f) FERRAJOLI**

FERRAJOLI, plantea un esquema político-criminal-garantista como un modelo por alcanzar, por conseguir. Ese modelo político criminal asume el rol de trazar una política por los derechos humanos, “un rol político militante”. FERRAJOLI identifica el garantismo con un ideal modelo de Estado de Derecho como Estado social <sup>374</sup> El verdadero problema para él, es la crisis del derecho penal desde el conjunto de formas y garantías que lo distinguen de otra forma de control social más salvaje y disciplinario. El profesor italiano parte de la pregunta: “¿por qué castigar?”, esta pregunta puede ser entendida en dos sentidos, afirma FERRAJOLI: ¿por qué existe la pena? o bien ¿por qué se castiga? Y en un segundo sentido: ¿por qué debe existir la pena? o ¿por qué se debe castigar? Ambas preguntas representan problemas de diversa índole, la primera es de naturaleza empírica, la segunda es de naturaleza filosófica. Y sostiene que hay una confusión entre el ser y el deber ser de la pena; quienes justifican la pena, sugieren que la pena tiene un efecto antes que un fin retributivo o reparador, o que ella previene antes que “deba prevenir” los delitos, o que “reeduca”, antes que “deba reeducar”, o que “disuade” antes que “deba disuadir”.

Para FERRAJOLI “(...) el derecho penal no nace como negación de la venganza sino como desarrollo, no como continuidad sino como discontinuidad y en conflicto con ella; y se justifica no ya con el fin de asegurarla, sino con el de impedirla (...) La pena, históricamente, substituye a la venganza privada. Pero esta substitución no es ni explicable históricamente ni tanto menos justificable axiológicamente con el fin de

---

<sup>372</sup> BUJÁN J. A.: *Elementos de Criminología en la Realidad Social*, Ed. Depalma Bs As 1998 pgs 246-247

<sup>373</sup> FERRAJOLI L.: Op. Cit pag 104

<sup>374</sup> RIVERA BEIRAS, I.: “Principios orientadores del constitucionalismo social” en *Politica...* Op. Cit, pg 196

mejor satisfacer el deseo de venganza; por el contrario, sólo se puede justificar con el fin de poner remedio y de prevenir las manifestaciones”<sup>375</sup>.

No niega la función preventivo general de las penas, le asigna una doble función: prevención de los delitos y prevención de las reacciones desproporcionadas. Es decir, que la pena cumpliría con una doble función protectora, de la víctima frente a su ofensor y del ofensor frente a la venganza. El sistema penal, para él, está justificado solamente si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Y este fin es alcanzado en tanto satisfaga las garantías de un derecho penal mínimo. El profesor de la Universidad de Roma, sostiene que deben excluirse en un sistema penal garantista: la pena de muerte, las penas excesivamente largas, la pena perpetua, como así también las penas pecuniarias, de éstas últimas dice: “ambas se sustraen además al principio igualitario de proporcionalidad: la cadena perpetua, porque tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos; las multas, porque su grado de afflictividad depende de la riqueza del reo”<sup>376</sup> Asimismo, debe erradicarse toda finalidad disciplinaria o de enmienda de la pena. FERRAJOLI afirma que, lo único que puede pretenderse de la pena es que “no pervierta al reo, es decir que no reeduke, pero que tampoco deseduke, que no tenga una función correctiva pero tampoco una función corruptora, que no pretenda hacer al reo mejor, pero que tampoco lo haga peor”<sup>377</sup>.

La pena privativa de libertad se encuentra en crisis, y uno de sus síntomas “es el desarrollo de las medidas alternativas y sustitutivas, que representan las principales innovaciones en materia de técnicas sancionadoras”<sup>378</sup> Sostiene al mismo tiempo, que las medidas alternativas y las sanciones sustitutivas, no han tomado en realidad el lugar de la cárcel, dando lugar a grandes márgenes de discrecionalidad judicial al momento de aplicarlas.

Uno de los desafíos más importantes para la reflexión filosófico penal, sostiene FERRAJOLI, es el “repensamiento radical de la naturaleza de la pena, de un nuevo sistema de penas, alternativas a las vigentes: penas alternativas, téngase en cuenta -y no medidas alternativas-, aptas para satisfacer, como penas principales, el doble fin del derecho penal dentro de una perspectiva de racionalización y de minimización del

---

<sup>375</sup> FERRAJOLI, L.: “Derecho penal mínimo” en *VVAA Prevención y Teoría de la pena*, Ed Conosur Santiago de Chile 1995, pg. 25

<sup>376</sup> FERRAJOLI, L: *Derecho...* Op. Cit pg 402

<sup>377</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho...* Op. Cit pg 397

<sup>378</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho...* Op. Cit pg 411

sistema sancionador”<sup>379</sup> Un programa de minimización de las penas, incluye también la transformación de los beneficios de tratamiento concedidos como premios en verdaderos derechos de quien se encuentra condenado a una pena privativa de libertad, como permisos de salida, comunicaciones, etc.<sup>380</sup> Propone un progresivo avance hacia la abolición de las penas carcelarias en razón de que no satisfacen ninguna de las razones que la justifican, por el contrario, implican un sufrimiento físico y psicológico prolongado en el tiempo. La cárcel es una institución lesiva, penosa e inútilmente aflictiva. La pena, sostiene FERRAJOLI, debe conservarse como una medida última, mínima y exclusiva ante la comisión de un delito que provoque “alguna reacción de carácter aflictivo”<sup>381</sup> El autor citado nos dice, que la concepción que se tenga del derecho depende de la concepción de Estado que se tenga, y que hay un derecho penal garantista que debe estar presidido por una serie de axiomas o principios<sup>382</sup>: a) No puede haber pena sin delito: principio retribucionista b) No puede haber delito sin ley: principio de legalidad c) No puede haber ley penal sin necesidad: principio de necesidad d) No puede haber necesidad de derecho penal sin injuria: principio de lesividad e) No puede haber injuria sin acción: principio de exteriorización f) No puede haber acción sin culpa: principio de responsabilidad g) No puede haber culpa sin enjuiciamiento: principio de jurisdiccionalidad, h) No puede haber enjuiciamiento sin acusación: principio acusatorio i) No puede haber acusación sin pruebas: prueba de verificación j) No puede haber pruebas sin defensa: principio de contradicción

### 2.3.g) BARATTA

BARATTA, delineó requisitos mínimos de respeto a los Derechos Humanos que se cumplirían con una función negativa de límites de la intervención penal, y una función positiva de indicación de los posibles objetos de la tutela penal<sup>383</sup>. Ambas funciones se traducirían en el instrumento adecuado para la contención de la violencia punitiva. BARATTA sostiene que la pena es lisa y llanamente violencia institucional, que los órganos de la justicia penal esto es: legislador, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución, representan y tutelan los intereses de una minoría dominante y

---

<sup>379</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho...* Op. Cit. pg 412

<sup>380</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho...* Op Cit. pg. 408

<sup>381</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho...* Op. Cit. pg 413

<sup>382</sup> RIVERA BEIRAS, I.: “La política criminal de las Escuelas del pensamiento criminológico. Intentos integradores y lucha de escuelas” en *Política...* Op. Cit. pg 89

<sup>383</sup> ZAFFARONI, E. R.: *En busca de...* Op. Cit. pg. 101

socialmente privilegiada, que el funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, y que su clientela se nutre de las clases populares y los grupos sociales más débiles, que el sistema penal produce más problemas de los que dice e intenta resolver, que el sistema punitivo por su estructura y funcionamiento no es apto para desempeñar las funciones declaradas en su discurso oficial<sup>384</sup>.

El sistema penal, en el pensamiento de BARATTA, se presenta como una violencia útil en tanto sirve a los intereses de esa minoría dominante, por tanto, la lucha por la contención de la violencia estructural es la misma que por la afirmación de los derechos humanos, de allí, para quien fuera profesor de la *Universidad de Sassen*, se desprenden dos consecuencias: una política, de contención de la violencia punitiva, que se traduce necesariamente en el movimiento por la protección de los derechos humanos y de la justicia social. La segunda consecuencia, es que las posibilidades de utilizar de modo alternativo los instrumentos tradicionales de la justicia penal para la defensa de los derechos humanos son sumamente limitadas. Sin embargo, sostiene BARATTA, el concepto de derechos humanos en esa doble función, continúa siendo el fundamento adecuado para la estrategia de la mínima intervención penal<sup>385</sup>.

Para BARATTA el derecho penal mínimo es el derecho penal de la constitución “El derecho penal mínimo es una continua, vigilante e imaginativa, obra de control del sistema penal (...) actúa con sabiduría y modestia en el contexto general de la política de protección de los derechos. Es fuerte porque sabe ser mínimo, sabe que no está solo en la acción de defensa de los derechos”<sup>386</sup>

Los principios que se articulan a nivel de la ley y la idea de la mínima intervención penal se agrupan, ante todo, en dos categorías que dependen de la adopción de un punto de vista interno o bien externo al derecho penal. El punto de vista interno da lugar a los principios intrasistemáticos, que indican los requisitos para la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley. El punto de vista externo da lugar a los principios extrasistemáticos que se refieren, en cambio, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal”<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> BARATTA, A.: “Principios de... Op. Cit pgs. 301, 302

<sup>385</sup> BARATTA, A.: “Principios de... Op. Cit. pg 304

<sup>386</sup> BARATTA, A.: “Política Criminal: entre la política de seguridad y la política social”, en VV. AA. CARRANZA, E. (coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, Ed. Siglo XXI, México, 1998, pgs. 76, 77.

<sup>387</sup> BARATTA, A.: “Principios de...” Op. Cit, pg 304



Los principios intrasistémicos de la mínima intervención penal pueden clasificarse en tres grupos:

**1) Principios de limitación formal:** a) principio de reserva o de legalidad en sentido estricto.

b) de taxatividad

c) de irretroactividad

d) primado de la ley penal sustancial

e) principio de la representación popular.

**2) Principios de la limitación funcional:** a) principio de la respuesta no contingente

b) de responsabilidad abstracta.

c) de idoneidad

d) de subsidiaridad

e) principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social

f) de implementabilidad administrativa de la ley.

g) principio de respeto por las autonomías culturales.

h) principio del primado de la víctima

**3) Principios generales de limitación personal o principios limitativos de la responsabilidad penal:**

a) Principio de la imputación personal o principio de personalidad.

b) de la responsabilidad por el hecho.

c) de la exigencia social del comportamiento conforme a la ley.

Los principios extrasistemáticos de la mínima intervención penal pueden ser divididos en dos grupos:

1) extrasistemáticos de descriminalización.

2) metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.

BARATTA, ahonda en la concepción de que es necesario limitar el derecho penal, volviéndose al mínimo, la pena, no actuará como la manifestación más drástica, no

siendo una violencia institucional que limita los derechos y reprime las necesidades de las personas, por la acción legal o ilegal de sirvientes del poder<sup>388 389</sup>

### 3)- La necesaria reconceptualización de la pena

Sin perder de vista el paisaje que hemos venido describiendo, pues entendemos que lo que hasta aquí hemos abordado ha sido necesario para poder entender el camino que ha recorrido el concepto de pena, entendemos también que ello no es suficiente para poder dimensionarla en los albores del siglo XXI. Buscaremos por tanto, reconceptualizar a la pena ya que tenemos la convicción de que así debe serlo en esta instancia.

Se le ha asignado a la pena la pertenencia a la especie: sanción jurídica. La pena es una sanción jurídica que presupone la comisión de un delito<sup>390</sup> RIVACOBÁ concibe a la pena como “la especie de sanción de carácter público de mayor gravedad existente en el respectivo ordenamiento”<sup>391</sup> resuelve la entidad definida como una idea en el sentido kantiano de la palabra, esto es, un concepto necesario de la razón, al que no puede serle dado en los sentidos ningún objeto congruente, un criterio ordenador por medio del cual nos adueñamos de las circunstancias y los problemas de ese segmento de la realidad en que yace el derecho punitivo<sup>392</sup>.

La pena, como sanción, presenta ciertos rasgos distintivos de otro tipo de sanciones, sean estas morales o sociales. La pena es impuesta coactivamente, por un órgano jurisdiccional, en virtud de una disposición legal, prevista en el ordenamiento vigente. Implica un abanico de sanciones, entre las que se encuentran las de carácter pecuniario, las que se traducen en una inhabilitación, y la más gravosa de todas ellas, por el contexto en que se efectiviza, por lo que implica sobre el ser humano: la pena privativa

---

<sup>388</sup> BARATTA, A.: “Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en una ley penal”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 34, Bogotá, 1986.

<sup>389</sup> Es importante destacar la opinión de BARATTA en *Criminología Crítica*, allí especifica que la estrategia de la despenalización significa la sustitución de las sanciones penales por formas de control legal no estigmatizantes (sanciones administrativas o civiles) y el comienzo de otros procesos de socialización del control de la desviación. La estrategia de la despenalización significa la apertura de mayores espacios de aceptación social de la desviación. Para acercarse a este objetivo se busca el ensanchamiento de medidas alternativas como suspensión condicional de la pena y de la libertad condicional, por la introducción de formas de ejecución de la pena detentiva o régimen de semilibertad, extensión de regímenes de permisos, y una nueva evaluación del trabajo carcelario en todo tipo

<sup>390</sup> Siguiendo a CHRISTIE, decimos que el delito no es una cosa “(...) podemos crear el delito creando sistemas que requieran esa palabra y podemos extinguirlo creando los tipos opuestos al sistema” CHRISTIE, N.: *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de la Cultura Económica, México, 1984, pg. 101

<sup>391</sup> RIVACOBÁ y RIVACOBÁ, M.: *Elementos de Criminología*. Ed. Edeval, Valparaíso, 1982, pg. 42

<sup>392</sup> GUZMÁN DÁLBORA, J.L.: Op. Cit, pg. 6

de libertad. Pero limitarla como perteneciente a una especie, en este caso: sanción, aunque cierta, como veremos, es insuficiente.

Coincidimos con PIRES, profesor de la Universidad de Ottawa, en el sentido de que en lugar de hablar de pena, deberíamos hablar de “intervención jurídica”. Debe abandonarse la idea, de que es común a todas las teorías de la pena, en que hay una obligatoriedad de punir. Ello no es así, el derecho de punir no es un verdadero derecho, sino que es una facultad de punir, una posibilidad, una autorización de punir<sup>393 394</sup>. Y en este sentido, el sistema punitivo se nos presenta, o mejor dicho, nos lo presentan, como la primera y, diríamos, única solución a una realidad criminal en extremo compleja, basta con ver en los códigos penales actuales las penas mínimas, son completamente contrarias al principio de *última ratio*. De la pena no solamente se ha hecho y se hace uso, sino también y lo que es más grave: se hace abuso. Lo que se traduce en un contrasentido de la concepción del derecho penal como una *última ratio*<sup>395</sup>, y esta concepción viene de la idea de que sólo se puede hacer el bien abstracto a través de un mal concreto causado a las personas (desde el momento mismo de la aplicación de la pena), ese es el problema fundamental, lo grave, afirmamos junto a PIRES, es que no son solamente los políticos los que piensan de esta manera, sino que también piensan así los criminólogos, los juristas<sup>396</sup>.

Ahora bien, la pena, debemos decirlo, de ninguna manera puede ser analizada solamente desde el ámbito legal, es un concepto que excede ampliamente ese marco. Consideramos, en coincidencia con el profesor RIVACOBÁ, que no podemos captarla a través de la intuición sensible sino a través de sus efectos, de sus consecuencias. En referencia específicamente a la pena privativa de libertad, solamente la captamos en su real dimensión desde el momento mismo de su doloroso tránsito y desde sus secuelas irreversibles sobre el privado de libertad, pues ella implica el sometimiento a un régimen contra natura. No debemos dejar de lado, tampoco, que como veremos, al

---

<sup>393</sup> PIRES, Á.: “Opciones al derecho penal” en “Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea” [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com)

<sup>394</sup> Es decir, que habría que permitirle al juez que haga uso de las “alternativas” pero entendidas como verdaderas opciones que aligeren al derecho penal, no deberíamos hablar de “penas alternativas” sino de “alternativas a la pena” que lo tornen más ágil, y más respetuoso de los derechos humanos.

<sup>395</sup> Por el contrario nos encontramos, como hemos visto, en presencia de lo que se ha denominado como “expansión del derecho penal”, que ha originado la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

<sup>396</sup> PIRES, Á.: Op. Cit.

contrario de las afirmaciones en ese sentido, la pena no resuelve conflicto alguno, afirmaciones todas que profundizaremos luego.

Ahora bien, etimológicamente, el vocablo pena, proviene del latín: “poena”: castigo o suplicio. El diccionario de la Real Academia Española nos dice que la pena es: a) Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. b) Cuidado, aflicción o sentimiento interior grande. c) Dolor, tormento o sentimiento corporal<sup>397</sup>.

Como vemos, la palabra pena está vinculada siempre al dolor, a la aflicción, al castigo, al tormento. Así, diferentes autores, en distintas épocas históricas y desde distintas posturas, coinciden pues en un matiz común, veamos: CARRARA, concibe la pena como “Aquel mal que, de acuerdo con la ley del Estado, infligen los jueces a los que han sido hallados culpables de un delito, habiéndose observado las debidas formalidades”<sup>398</sup>.

Por su parte, Von LISZT, también nos dice que la pena es un “Mal que el juez penal inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”<sup>399</sup> ANTON ONECA, la define como un “Mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos”<sup>400</sup> LARDIZÁBAL también nos decía de la pena que es: “ (...) el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa”<sup>401</sup> Para CHRISTIE, “ (...) la pena es un mal con intención de ser eso, algunas personas deciden que otras deben sufrir un castigo, para lograrlo, el sistema penal debe, en la mayoría de los casos, estar organizado de manera especial”<sup>402</sup>. ZAFFARONI, dice, por su parte, que pena es un “sufrimiento que no resuelve conflicto alguno”<sup>403</sup>.

Como vemos, en todas estas concepciones, emerge un carácter común a todas ellas, definitorio, y es la concepción de la pena como mal. Pero nos preguntamos: ¿es la pena

---

<sup>397</sup> *Diccionario de la real Academia Española*, Ed. Espasa Calpe. Madrid. 2003

<sup>398</sup> CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal*. Traducción de ORTEGA TORRES, J. y GUERRERO, J. Ed. Temis, Bogotá, 1988. Tomo II, pg. 379

<sup>399</sup> Von LISZT, F.: *Tratado de Derecho penal*. Tomo. III, Trad. de JIMÉNEZ de ASÚA, L, Madrid, 1917, pg. 197.

<sup>400</sup> ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, Ed. Akal, Madrid, 1986, pg. 509.

<sup>401</sup> GASTEIZ, V.: *Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal, Discurso sobre las penas*, Ed. Ararteko, 2001, pg. 20.

<sup>402</sup> CHRISTIE N. “Las imágenes del hombre...” Op. Cit, pg 118

<sup>403</sup> ZAFFARONI, E. R.: *En busca...* Op. Cit. pg. 210

verdaderamente un mal?, ¿O en todo caso el mal que se dice de ella no es más que la consecuencia de su aplicación?, ¿el efecto de un acto de poder del Estado? En este sentido seguimos la postura de BELING quien nos dice que “toda discusión sobre la pena ha de partir de que ésta, es un puro nómeno en el mundo de lo real<sup>404</sup>, es decir, como fenómeno la pena sencillamente no existe, lo que de ella resulta perceptible a nuestros sentidos son sólo actos materiales de su doliente aplicación<sup>405</sup>. RIVACOB, de la misma manera, hace una diferenciación entre nómeno y fenómeno, sin duda, reflejando la distinción kantiana entre: lo que puede ser captado por la intuición sensible, es decir, lo que tiene carácter empirista y lo que no resulta experimentable, “la cosa en sí”<sup>406</sup>; para KANT, tal distinción radica en, precisamente, el correlato del objeto, considerado al margen de la sensibilidad, así, el entendimiento no puede hacer de todos sus principios a priori y aun de todos sus conceptos más que un uso empírico y nunca transcendental; ésta es una proposición, afirma KANT, que, una vez conocida y admitida con convicción, tiene consecuencias importantes, así, el uso empírico consiste en referirlo sólo a fenómenos, es decir, a objetos de una experiencia posible. Sin esto último, el concepto carece de sentido y está totalmente vacío de contenido, aún cuando pueda tener la función lógica de hacer un concepto con unos datos cualesquiera. Para KANT, todos los conceptos y, con éstos, todos los principios, por muy a priori que sean, se refieren, sin embargo, a intuiciones empíricas, es decir, a datos, para la experiencia posible. Sin esto, carecen de toda validez. En su *Crítica de la razón pura*, cita como ejemplo, el concepto de la matemática, y en sus intuiciones puras primero: el espacio tiene tres dimensiones; entre dos puntos no puede haber más que una recta, y así, aun cuando todos estos principios y la representación del objeto de que trata esa ciencia, son producidos en el espíritu totalmente a priori, no significarían sin embargo nada, si no pudiéramos exponer su significación siempre en fenómenos (objetos empíricos). Así, todos los conceptos y, con éstos, todos los principios, por muy a priori que sean, se

---

<sup>404</sup> BELING, E.: *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Scientia Verlag Aalen, 1978 Traducción de GUZMÁN DALBORA, J.L., Ed. Univ. Valparaíso, 2001, pg. 46. Vid. al respecto también.: GUZMÁN DALBORA, J.L.: “Del concepto a la función de la pena en el pensamiento de Rivacoba y Rivacoba”. en *Cuarto Seminario de Actualidad Jurídica Chilena. Estudios de Derecho penal y Derecho procesal penal en homenaje al profesor doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Valparaíso, 2001. Inédito

<sup>405</sup> GUZMÁN DÁLBORA, J.L.: Op. Cit.

<sup>406</sup> Vid al respecto KANT I.: *Crítica de la razón pura*, Ed. Alfaguara, Madrid, 1986; LACAN, J.: *Seminario X*, Ed. Paidós, Bs. As. 2006

refieren, sin embargo, a intuiciones empíricas, es decir, a datos, para la experiencia posible<sup>407</sup>.

Así, podemos decir, que “la pena en sí” no es captable como fenómeno, sí, sin embargo, podemos evidenciar el peso y la gravedad de su aplicación, he aquí el correlato del que habla KANT. Sin embargo, consideramos que como fenómeno se encuentra impregnada por la subjetividad de la compleja realidad en la que está inmersa, realidad que por tanto, le ha ido otorgando sentido históricamente, el sentido que por supuesto, ha sido útil a los detentadores precisamente, del poder. Como veremos

---

<sup>407</sup> KANT I.: *Crítica...* Op. Cit, pg. 98 El concepto de un nómeno, es decir, de una cosa que no debe ser pensada como objeto de los sentidos, sino como cosa en sí misma (sólo por un entendimiento puro) no es contradictorio; pues no se puede afirmar de la sensibilidad que sea la única especie posible de intuición. Además ese concepto es necesario para no extender la intuición sensible a las cosas en sí mismas y por tanto para limitar la validez objetiva del conocimiento sensible (pues lo demás, a que no alcanza aquella, llámase precisamente nómeno, para hacer ver así que esos conocimientos no pueden extender su esfera sobre todo lo que el entendimiento piensa).

## Capítulo III

### LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

#### 1-La pena privativa de libertad y su complejidad

La pena de privación de libertad podría presentarse como una ecuación jurídicamente simple: comprobado en los hechos un delito corresponde una pena, que puede ser precisamente la de prisión; pero ésta ecuación no es tan sencilla ni tan cierta. Siguiendo a PEGORARO, y teniendo presente lo que hemos visto hasta aquí, decimos que este esquema nunca fue real en la historia punitiva de occidente, porque siempre ha estado incluido en el marco de un orden social y por tanto, en el seno de relaciones sociales complejas como son las relaciones sociales. Es que el esquema delito-castigo nunca fue autónomo y siempre se dio en el marco de un orden social impuesto, que representaba y reproducía intereses de estamentos, clases, o grupos sociales, unos poderosos y otros débiles, unos soberanos y otros súbditos y por lo tanto, el castigo formaba parte de una relación de fuerzas políticas más amplias y complejas que el simple castigo de una “inconducta”.

La pena de prisión, es sin duda alguna, el producto de un contexto social, económico, político, de una determinada época histórica, aunque sanción, una “institución social”<sup>408</sup>. Juntamente, la concepción de lo que es un delito siempre ha sido expropiada por los grupos dominantes, y por lo tanto, el delito como tal, no tiene esencialidad alguna y su castigo queda sujeto precisamente a la voluntad del poder<sup>409</sup>.

En primera instancia podría suponerse que la pena de privación de libertad se limita precisamente a la supresión o la imposibilidad impuesta de la libertad de locomoción, es decir, de desplazamiento de un sitio a otro. Pero en verdad, estamos en presencia de un contenido mucho más amplio del concepto “privación de libertad”, la verdadera función de la pena de prisión, tal y como lo ha sostenido MESSUTI, es más que la “inclusión” en el espacio carcelario, la “exclusión” del espacio social<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> Vid. RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política*, Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 2006

<sup>409</sup> PEGORARO, J.: Op. Cit

<sup>410</sup> MESSUTI, A.: *La Justicia deconstruida*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2006, pg. 42

La pena de prisión, en consecuencia, y así lo constataremos, surge como respuesta a la demanda de un determinado grupo de poder, sea ésta económica, sea de control, sea de disciplinamiento, de neutralización, o contención.

Con acierto ha sostenido RODRIGUEZ MAGARIÑOS “A lo largo de la historia cada sociedad ha reaccionado de un modo diverso (...) los correctivos aplicados por el poder para reconducir los comportamientos desordenados se han traducido en sanciones como el descuartizamiento, la crucifixión, la lapidación, mutilación, exposición pública, trabajos forzados, expatriación, maceramiento entre otras, hasta llegar en su fase moderna, a la segregación; aislamiento del delincuente como terapia para sus males: nace la prisión”<sup>411</sup>.

Así, ha recorrido un tránsito histórico, y en ese recorrido histórico coincidimos con OLIVER OLMO, la pena de prisión siempre tuvo un sentido trágico<sup>412</sup>. Haremos pues, un primer abordaje histórico para poder comprobar nuestras afirmaciones.

## **1.1-Historia de la pena privativa de libertad**

### **1.1.a) Antigüedad**

La prisión, como pena, fue casi desconocida en el antiguo derecho. Los pueblos que tenían lugares destinados a cárceles, en el antiguo y medio oriente, fueron el chino, babilónico, hindú, persa, egipcio, japonés y hebreo. Los chinos las tenían ya en el siglo XVIII, en épocas del Emperador Sum. Después se impuso algún reglamento carcelario y los condenados por lesiones, debían realizar trabajos forzados y públicos. En esas cárceles se aplicaron los más diferentes tormentos, como el del hierro caliente, o torturas de diversa índole como picar los ojos de los delincuentes. En Babilonia las cárceles se denominaban “Lago de Leones” y eran verdaderas cisternas. Los egipcios tenían como lugares destinados a cárceles, ciudades y casas privadas, donde debían realizar trabajos. Los japoneses dividían al país en cárcel del norte y del sur, para alojar en estas últimas a quienes eran condenados por delitos menores<sup>413</sup>.

Las prisiones antiguas se emplearon, para retener personas que disgustasen de cualquier forma a los gobernantes en turno. Ya en el Génesis (39,19-20), refiriéndose a Egipto, se

---

<sup>411</sup> RODRIGUEZ MAGARIÑOS. F.G.: *Historia de las prisiones*, Madrid, 2002, pg. 7

<sup>412</sup> OLIVER OLMO, P.: *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el antiguo régimen y el estado liberal*, Univ. del país Vasco, 2000, pg. 8

<sup>413</sup> BARROS, D: *Penología y sistema penitenciario*, Ed. AZ Bs. As, 2001



hace referencia a las prisiones de Estado donde cumplían pena los “presos del faraón”, y en diversos paisajes se dan pinceladas acerca de su régimen penitenciario. Tales centros fueron generalmente mazmorras subterráneas o construcciones abovedadas en las que poco o nada se respetaba la condición humana del preso. Ejemplos famosos de tales encierros son la prisión Mamertina romana<sup>9</sup>, los “hornos” de Monza, las mazmorras de Santangelo, las “oubliettes” de la Bastilla, los “plomos” de Venecia<sup>414</sup>.

### **1.1.b).Derecho hebreo**

En este Derecho, la prisión tenía dos funciones: una, evitar la fuga y otra servir de sanción, que podría compararse a la actual institución de la prisión perpetua, por cuanto consideraban indigno de vivir en sociedad al infractor de la ley. Había influencia religiosa, con una significativa dosis de irracionalidad, así, al autor de un delito se le encerraba en un calabozo tan estrecho, que el sujeto no podía extenderse en él, así mismo, se le mantenía solamente a pan y agua, hasta que su extrema debilidad y flaqueza anunciaban una muerte próxima. Pues entonces se le añadía un poco de cebada. En los libros bíblicos encontramos algunos antecedentes, por ejemplo en el libro del Levítico se habla de la prisión del blasfemo y en el libro de Jeremías y de los Reyes hacen mención a la cárcel de los profetas Jeremías y Miqueas. Otro claro ejemplo, es Sansón, quien fue atormentado hasta privársele de la vista y de la libertad. Cabe señalar que existían distintos tipos de cárceles, según las personas y la gravedad del delito cometido. Esto indica un principio clasificador. La prisión era un castigo que se aplicaba con preferencia a los reincidentes, así mismo, la Biblia habla, de las instituciones en las ciudades como asilos, antecedente del actual asilo político, para proteger al acusado de las venganzas de los parientes en el caso de homicidio culposo<sup>415</sup>.

### **1.1.c)-Grecia y Roma**

En la Roma antigua la prisión era desprovista del signo de castigo, no constituyendo una pena, incluso porque el rol de las sanciones se restringía estrictamente a las corporales y a la pena de muerte.

---

<sup>414</sup> Vid. RODRIGUEZ MARGARIÑOS, Op. Cit, pg. 4

<sup>415</sup> Vid. al respecto: BARROS, D: Op. Cit, pg 45; NEUMAN, E.: *La evolución de la pena privativa de libertad y Regímenes Penitenciarios* Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, pg. 32

El magistrado, cuando dictaba sentencia tenía una amplia libertad para elegir una pena: el exilio, la condena a las minas, la mutilación o la muerte. En caso de que se dictase pena de muerte podía llevarse a cabo mediante una crucifixión. Ésta era un medio empleado para mantener “asegurado” al acusado, - en el sentido de impedir su fuga- mientras se aguardaba la ejecución de la sentencia.

En Grecia, conforme a las ideas de Platón, cada tribunal debía tener su cárcel propia, e idearon tres tipos: una en la plaza del mercado, para mera custodia; otra para corrección y una tercera para suplicio, en una región sombría y desierta. Las casas de custodia servían de depósito general para seguridad simplemente, y la cárcel, para evitar la fuga de los acusados. Las leyes de Ática<sup>416</sup> les atribuían otro sentido ya que ordenaban que a los ladrones, además de juzgarlos e indemnizar a la víctima, debieran cumplir cinco días y cinco noches encerrados con cadenas. Había cárceles para los que no pagaran impuestos, así como, para aquellos que perjudicaban a un comerciante o a un propietario de buques y no abonaban las deudas, ellos debían quedar detenidos hasta tanto cumplieran el pago. En Grecia recibían los nombres, según donde se emplazaran. Además, aplicaron la prisión a bordo de un buque, como también el sistema de caución, para no dar encarcelamiento. En Esparta hubo varias cárceles de este tipo. Por citar un ejemplo, el conspirador Cleomenes fue encerrado en una gran casa donde estaba bien custodiado, con la sola diferencia, respecto de otras prisiones, de que vivía lujosamente. Según Plutarco, había en la época del reinado de Agis, calabozos llamados “rayada” donde se “ahogaba” a los sentenciados a muerte. La conclusión es que la cárcel, en esta civilización, era como una institución muy incierta, sólo aplicable a condenados por hurto y deudores que no podían pagar sus deudas. También existieron instituciones para los jóvenes que cometían delitos y el denominado “Pritanio” para aquellos que atentaban contra el Estado<sup>417</sup>.

En Grecia al mismo tiempo; la custodia servía para también obstaculizar fugas y garantizar la presencia ante los tribunales. Ulpiano afirmó que la cárcel no se dirigía al castigo sino “ad continendos homines<sup>418</sup>”, la privación de libertad era un medio para llegar a otro fin<sup>419</sup>, en todo caso se agotaba también en su carácter custodial<sup>420</sup>

---

<sup>416</sup> Datan del 374/5 a.c

<sup>417</sup> BARROS, D.: Op. Cit. pg 98

<sup>418</sup> MIR PUIG, S.: *Manual de Derecho penal*, Ed. Promociones y Publicaciones universitarias, Barcelona, 1990, pg. 708

<sup>419</sup> CABRERA, S.: “Pena y prisión preventiva” en *Revista de Análisis Jurídico*, N° 6, Buenos Aires, 2005, pg. 2

### 1.1.d)-La edad media.

En el siglo XII en las Partidas de Alfonso el Sabio se decía que “Ca la cárcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella. Ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para quedar los presos tan solamente en ella fasta que sean judgados”<sup>421</sup>

En la edad media el encierro continúa aplicándose con carácter preventivo para luego someter al delincuente a todo tipo de castigos aberrantes o a la muerte en plazas o lugares públicos ante grandes multitudes. Enfermos mentales, delincuentes de todo tipo, prostitutas, mendigos, ancianos, niños, aguardaban su pena apilados en calabozos subterráneos y en lugares que estaban originalmente destinados a otro fin<sup>422</sup>.

La pena medieval conserva esta naturaleza de equivalencia, incluso cuando el concepto de retribución no se conecta directamente con el daño sufrido por la víctima, sino con la ofensa hecha a Dios; la pena no podía agotarse en su concepción primaria de satisfacción del particular, sino que adquiere ahora un sentido de castigo divino. La palabra expiar habla de ponerse en paz con Dios. Se ha cometido un pecado (delito) y a través de flagelaciones se logrará el perdón divino. Aparentemente, se ha realizado la traslación del sentido vindicativo de la pena y el espíritu de venganza ha quedado atrás. En esta etapa, “la pena o penitencia tiende a reconciliar al pecador con la divinidad, pretende despertar el arrepentimiento en el ánimo del culpable, pero de ahí no se sigue que deje de ser una expiación y un castigo”<sup>423</sup> A través del argumento de la delegación divina, se da la consolidación de la iglesia; las ideas religiosas justificaban el poder político y legitimaban la imposición de sanciones penales. El ofendido o la víctima desaparecen del contexto de la impartición de justicia, y el titular de la acción penal, es ahora, el representante de la divinidad: surge la venganza cristiana. La pena significa expiación y ésta a su vez, dolor que redime<sup>424</sup>.

Así es que excepto algunas experiencias aisladas de prisiones, fue la iglesia que innovó castigar a los monjes rebeldes o infractores con el recogimiento en “penitenciarios”, es

---

<sup>420</sup> La actual prisión preventiva o precautoria es el equivalente a la medida de retención de la antigua Grecia, destinada sólo a la retención preventiva del reo. Cfr. OLIVER OLMO, P.: Op. Cit. pg. 9

<sup>421</sup> LÓPEZ G.: *Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Ed. Alas, Madrid, 1923, pg. 56

<sup>422</sup> Vid. RODRIGUEZ MAGARIÑOS. F.G.: Op. Cit. pg. 10

<sup>423</sup> CALDERÓN, L.: *Historia de la Prisión*, México, 2005, pg.89.

<sup>424</sup> CALDERÓN, L.: Op. Cit, pg. 93

decir en celdas, en un ala de los monasterios, de los conventos, en los que mediante penitencia y oración se buscaba su reconciliación con Dios<sup>425</sup>, como veremos luego.

Ha sido pues, como lo sostiene TELLEZ AGUILERA, el derecho de la iglesia el que organizó la prisión como pena sometiendo a los encarcelados bajo un régimen de penitencia<sup>426</sup>.

Nos encontramos así con las prisiones monásticas. MABILLÓN, monje benedictino, propuso hacia fines del siglo XVII, celdas individuales con un pequeño jardín para que los internos pudieran cultivar el suelo en las horas libres. El sistema seguía siendo muy riguroso, se les prohibían las visitas y la alimentación era liviana. También se les imponían ayunos. Todo esto lo escribió en su libro *Reflexiones sobre las prisiones monásticas*, en el que criticaba el exceso de rigor y recomendaba la reglamentación de la vida intramuros<sup>427</sup>.

MELOSSI y PAVARINI hacen referencia a que el castigo no solamente consistía en el encierro, en la penitencia, sino también en suplicios físicos y obligación de silencio. El propósito de enmienda tenía un carácter enteramente religioso<sup>428</sup> En el mismo sentido RIVERA BEIRAS sostiene “(...)en efecto, puede afirmarse sin error, que fue el sistema penal y penitenciario propio de la iglesia, quien diseñó con dos siglos de anticipación auténticos regímenes penitenciarios, cláusulas de conmutación de penas capitales por privación de libertad, aislamientos celulares y pretensiones de enmienda del ‘delito-pecado’ (blasfemias, herejías), como fórmulas penitenciales en el interior de celdas monacales que anunciaron fórmulas que más tarde se secularizarían y serían adoptadas por los Códigos Penales<sup>429</sup>.

Para castigar a las personas comunes que habían cometido algún delito se les penaba haciendo uso de las torturas: en Alemania, por ejemplo, eran frecuentes las mutilaciones de manos, pies y dedos, el corte de las orejas, la castración, los azotes, las marcas, la extracción de los ojos y la amputación de la lengua; y en Francia, durante los siglos XIII, XIV, XV, además las atrocidades antes descritas, el taladro de la lengua y el uso de la marca con hierro candente en forma de flor de lis. En las ciudades flamencas: Gante, Brujas, Ypres, etc., y en Italia, principalmente en Florencia y también en

---

<sup>425</sup> BARROS LEAL, C.: “La prisión desde una perspectiva histórica y el desafío actual de los derechos humanos de los reclusos” en *Estudios de derechos humanos*, Ed, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, pg. 486

<sup>426</sup> TELLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, Madrid, 1998, pg. 29

<sup>427</sup> BARROS LEAL, C.: Op. Cit. pg. 488

<sup>428</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op, Cit, pg 22

<sup>429</sup> RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria...* Op. Cit

Inglaterra. Las torturas que se le aplicaban a los cuerpos eran un medio para absolver a los más fuertes y robustos y para condenar a los más débiles, de estas torturas lo único que se pudo extraer fueron inconvenientes e injusticias que aplicaban las personas más sádicas, monstruosas y sin escrúpulos, haciéndose valer de este ilógico y sin sentido raciocinio: “Yo, juez, debía encontraros reos de tal delito; tú vigoroso, has sabido resistir al dolor, y por tanto, te absuelvo; tú, débil, has cedido a él, y por tanto, te condeno. Sé que la confesión arrancada entre tormentos no tiene fuerza alguna, pero os atormentare de nuevo si no confirmáis lo que habéis confesado”. El resultado de la tortura, entonces, variaba dependiendo de las características, sensibilidad y condiciones físicas del hombre, y no, de la veracidad de lo que realmente había ocurrido, es decir, era un método exageradamente subjetivo que se aplicaba en cada caso concreto, y que, a través del dolor obtenían la confesión de los más débiles hombres, para que luego la confirmaran amenazándolos con continuar castigando sus cuerpos<sup>430 431</sup>.

Se encerraba al reo sin preocupación alguna por su higiene personal ni moral, se aprovechaban los calabozos y estancias de los palacios y fortalezas, utilizándose también parte de los grandes edificios construidos para otros fines (por ejemplo la Torre de Londres, la Bastilla de París, el asilo de alienados de Bicetre, la Salpêtrière, el Palacio Ducal), así, el castigo asumió la forma de castigo-suplicio, equivalente al castigo-cuerpo donde el dolor no es complemento de la pena sino que constituye la pena misma; es su condición de posibilidad. Es el propio moribundo quien anuncia su propia muerte por el prodigio estentóreo del dolor. Soportar el dolor es retener la vida que se va lenta pero irreversiblemente. El dolor se inscribe en el cuerpo del supliciado en un ceremonial público donde la justicia se manifiesta en toda su fuerza: Los gemidos,

---

<sup>430</sup> Ya en los siglos XV, XVI con el ascenso de la clase media, en el que se utilizó, como punta de lanza para ejercer presión, en oposición a las prerrogativas eclesiásticas y al poder feudal, el conocimiento científico y su vinculación ideológica con los administradores de los establecimientos penales, se erigieron las primeras cárceles en los grandes centros europeos de la industria del paño. En contraposición de lo que afirmaron sus fundadores, que el fin de las cárceles era la resocialización o enmienda de los delincuentes, prostitutas, vagos, mendigos, entre otros, a través del trabajo, castigo corporal, ayuda y educación religiosa, pero en realidad su fin estaba dirigido al aprovechamiento (explotación) económico de la mano de obra de los presos, solo en beneficio de los carceleros y concesionarios, quienes se resguardaban en la excusa de la resocialización o enmienda de los presos. La justicia eclesiástica que en el terreno se muestra “improductiva”, remitiendo los casos a una instancia celeste ulterior, previa a la tortura y la muerte, no podía satisfacer la tendencia pragmática de los “mercator”, que comenzaban a ver en el condenado una posibilidad real de producción y un beneficio. No es, sino, hasta el siglo XVII y XVIII, cuando la idea de torturar, mutilar y por último ultimar a los hombres, es decir, hacer sufrir a los cuerpos dejándolos discapacitados para realizar cualquier actividad económicamente productiva, cesa casi por completo, por una razón simple: la explotación de la mano de obra de los presos, entonces, desaparecen las penas capitales y los castigos corporales. Vid. BARROS LEAL, C.: Op. Cit, pg. 367

<sup>431</sup> Vid. al respecto: NIETO, C.A.: *Evolución de la pena privativa de libertad y la historia de las cárceles*, Ed. Univer Caracas, 2004

llantos y clamores del que sufre no son un accidente que empañe el ceremonial; lo expresan, lo realzan. La llegada de la muerte, nada tiene de pudor victoriano; no debe hacer dolores hurtados al oído público ni cuerpos desaparecidos a la mirada. El fin del suplicio no es disimular la condena ni restablecer la justicia; es reactivar el poder. Por eso necesita de una ceremonia en la cual la publicidad del ritual manifieste su sobrepoder. La consigna es: El supliciado no debe morir en paz. Tiene que hacer resonar su culpa, para que todos la comprueben. Su muerte es sucia, su celda nauseabunda, pero esa suciedad no debe ser secreta sino pública. Los primeros pasos para implantar cárceles en forma consciente fueron dados recién en las postrimerías del siglo XV y principios del siglo XVI. El procedimiento acusatorio durante este período, asume varias formas entre las que se destacan dos: la *lettre de cachet* y la *question*. La *lettre de cachet* era un pliego cerrado con el sello del rey, en el que se disponía una orden de prisión pero que podía ser también de exilio. Se autorizaban a pedido de las familias, los amos, los notables, los párrocos y aun los vecinos, por lo cual la libertad de los individuos quedaba en total desamparo. El sistema de delaciones es una característica dominante del absolutismo social. La delación funcionaba a veces, para lograr la impunidad; a veces por insidia; a veces por celo ejecutor de la voluntad del soberano. Con la *question* que era la forma de interrogar a través de la tortura, se formaliza en el derecho penal prerrevolucionario, una oscura alianza entre el castigo y la verdad<sup>432 433</sup>

---

<sup>432</sup> GIMÉNEZ, S.: *Historia de la pena privativa de libertad*, Ed. Universidad de Temuco, Temuco, 1996, pgs. 45, 46

<sup>433</sup> Expresión francesa que significa “carta sellada”. Alude a las cartas que los reyes franceses enviaban en sobre cerrado con su sello, para que los funcionarios correspondientes ejecutaran sus órdenes sin dilación ni discusión. Los monarcas las utilizaban para los siguientes fines: enviar un decreto al Parlamento para ser aplicado inmediatamente y sin debate, disponer el destierro o el encarcelamiento de alguien, u ordenar el encierro indefinido de algún supuesto “loco” en un manicomio. Según FOUCAULT, la *lettre de cachet* era el instrumento de la monarquía absoluta para regular –en última instancia– el funcionamiento social y político del pueblo, de acuerdo con los intereses que el monarca consideraba convenientes para sí mismo o para sus gobernados, o según los intereses de quienes tenían influencia sobre el rey. La Revolución Francesa abolió la monarquía y con ella al dispositivo de la *lettre de cachet*. Uno de los efectos más inmediatos de esta revolución fue la constitución de la psiquiatría y de la institución psiquiátrica moderna: en adelante, serían los médicos especialistas los que decidirían el internamiento de los locos y sus tratamientos. Pero las consecuencias más evidentes de la revolución fueron las transformaciones conceptuales y políticas que dieron lugar al surgimiento del Poder Judicial y del Poder Legislativo tal como funcionan hoy, y a la noción de la independencia de los poderes del Estado. Esas modificaciones se fueron instaurando en la mayoría de los países del mundo occidental a lo largo del siglo XIX, en el espíritu de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre. Sin embargo, los totalitarismos del siglo XX restablecieron el poder absoluto de los gobernantes y la *lettre de cachet*, bajo modalidades técnicas que ya no requerían siempre la presentación de una carta manuscrita y guardada en sobre lacrado con sello real. Los telegramas codificados o las órdenes telefónicas directas decidieron el destino de muchos seres humanos, incluyendo supuestos enemigos del Estado, periodistas, soldados, judíos, gitanos, homosexuales, discapacitados y migrantes, entre otros. Los totalitarismos del siglo XX recuperaron poder sobre la psiquiatría, al disponer que muchos intelectuales considerados

### 1.1.e) La veta religiosa. La inquisición

La iglesia como depositaria de la tradición jurídica romana imperial, adquirida en su romanización, practicaba la indagación para provocar la confesión que era el modo de revertir el estado de pecado, entendido como característica personal que la infracción sólo ponía de manifiesto. Esa práctica se extendió como resultado de la persecución de la herejía que amenazaba su poder vertical: La inquisición europea se creó hacia 1215 para perseguir la herejía de los cátaros de Languedoc, pasó de Provenza a Aragón y de allí a toda España, creándose la inquisición moderna por bula de Sixto IV en 1478 y abolida en 1834<sup>434</sup>. El proceso inquisitorial fue la vía lógica de averiguación de las situaciones de herejía y la confesión no es más que lo averiguado. La pena era la neutralización de la enemistad con el soberano y la imposición de disciplina por el terror<sup>435</sup>.

Tal como lo sostiene la profesora mexicana GAMBOA, es con la inquisición con quien surge la institución del castigo. Legitimada como tal, instrumentaba un proceso que consistía en conceder al reo un período de gracia de quince a treinta días. En ese tiempo el reo podía abjurar y se le imponía una penitencia. En caso contrario, se iniciaba un procedimiento por acusación, denuncia o actuación ex officio.

El proceso era secreto y dentro del mismo había que ofrecer las pruebas, las testimoniales se publicaban con la finalidad de que el procesado tuviera la oportunidad de impugnarlas presentando testigos de descargo. Si acaso mediaba la semi-prueba de culpabilidad podía el tribunal, por decisión en incidente y con la participación del diocesano disponer el tormento con la finalidad de arrancar la confesión. Si el acusado

---

“peligrosos” para estos regímenes pero demasiado prestigiosos como para ser asesinados, fueran encerrados en manicomios bajo el diagnóstico de “esquizofrenia”. La vieja noción de “peligroso para la sociedad” se transformó en aquella, más moderna, de “peligroso para el Estado”. Al comenzar el siglo XXI y en el nombre de la noción de “gubernabilidad”, las democracias endeble del planeta pretenden sostenerse mediante una versión remozada de la autoridad absoluta y de la *lettre de cachet*. Mediante ingeniosas reformas constitucionales al comienzo de su mandato y en el acmé de su popularidad, y gracias a la adhesión incondicional de instituciones judiciales mediocres y corruptas, estas supuestas democracias logran la aprobación rápida de leyes y el enjuiciamiento y la condena sumarísimos de opositores políticos, todo ello bajo un barniz de “legalidad y constitucionalidad”. En el fondo, la *lettre de cachet* sigue funcionando con nuevo ropaje. “Vanidad de vanidades, pura vanidad... No hay nada nuevo bajo el sol”, decía hace milenios el Eclesiastés. Los partidarios de las nuevas “revoluciones” no deberían sorprenderse de que tales movimientos terminen reproduciendo funcionamientos que tienen al menos tres siglos de antigüedad. Vid. al respecto: CARRIÓN SANDOVAL, I: *La lettre de cachet*, Guayaquil, 2010.

<sup>434</sup> ZAFFARONI, E.R.: *Derecho Penal Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As, 1989, pg. 225

<sup>435</sup> ZAFFARONI, E.R.: *Derecho...* Op. Cit. pg. 225

era culpable había dos clases de sanción: las espirituales y las temporales. Las espirituales regidas por el derecho canónico, consistían en: excomunión, suspensión, o deposición de oficios eclesiásticos, y penitencia. Las temporales se sufrían a través del sistema punitivo civil de entonces que consistía en: multa, confiscación, destierro y prisión. Como podemos observar, sostiene GAMBOA, la prisión entonces tiene sus orígenes en la inquisición, de allí deviene la idea de penitencia, de castigo, término que encierra también y en sus orígenes ese sentido de religiosidad<sup>436</sup>.

En este contexto las cárceles inquisitoriales tuvieron vida propia cumpliendo un papel de fundamental trascendencia. Obedecieron a una inspiración muy particular, lo mismo que la Inquisición. Así, TELLECHEA IDIGORAS, nos dice que “(...) basta pensar en la particularidad de esta institución, evidentemente represiva, que admite la reconciliación a quien reconoce espontáneamente su culpa. El sistema jurídico inquisitorial obedece a unos principios -equivocados o no- perfectamente singulares, y lo mismo su sistema carcelario. Por ello, tanto en sus líneas normativas como en su praxis, ofrece analogías con el Derecho Penal, civil, y también particularidades y diferencias”<sup>437</sup>. La Inquisición fue adquiriendo con tiempo su estructura definitiva, elaborando al dictado de la experiencia sus normas y ordenanzas, perfilando una praxis organizativa y procesal, formando un cuerpo complejo de funcionarios con competencias específicas, que va desde el inquisidor general y la suprema, hasta los llamados “familiares del Santo Oficio”, pasando por los inquisidores locales, consultores, fiscales, notarios, nuncios, secretarios, etc. Dentro de esa larga nómina aparecerá la figura y competencias del alguacil y, más exactamente, del *alcaide de los presos* o carcelero. Entre las “cárceles públicas”, destinadas a los castigados por delitos distintos de la herejía estricta<sup>438</sup>; “cárceles medias”, para los funcionarios de la propia Inquisición que cometían algún delito en el ejercicio de sus funciones; y las “cárceles secretas”, destinadas a los herejes o sospechosos de herejía. En las primeras era permitida la comunicación con el exterior; no así en las segundas. Con todo, mucho más importante que la existencia de cárceles penales era la figura y realidad de la cárcel

---

<sup>436</sup> GAMBOA de TREJO, A.: *El origen de la prisión y su situación actual*, Veracruz, 2004, pg. 6 y sgs.

<sup>437</sup> Vid. TELLECHEA IDIGORAS, J.I.: *Las cárceles inquisitoriales*, Historia XVI; Ed. G. C, Madrid, 1978

<sup>438</sup> El Papa Clemente XI creó el Hospicio de San Miguel en Roma (1704). Alojaba a jóvenes delincuentes. Después fue asilo de huérfanos y ancianos. La base del sistema estaba centrada en la disciplina, el trabajo, el aislamiento, el silencio y especialmente la enseñanza religiosa.



preventiva, las célebres “cárceles secretas”<sup>439</sup>, que surgen al mismo tiempo que la Inquisición, dictada por el tribunal, tras previa y suficiente información sobre los delitos del presunto reo, a fin de asegurar mejor la efectividad del proceso. El hecho de la reclusión durante el proceso o a raíz de pena impuesta en este último, exigía teóricamente prisiones o cárceles para ambas situaciones. Su naturaleza distinta las diferencia notablemente y la historia demuestra que funcionaban de modo muy diverso. TELLECHEA ÍDIGORAS nos dice que las cárceles denominadas penales se observaba un cierto laxismo, ilustrable con algunos episodios como que los presos mendigaban por las calles en busca de sustento, que fueran corrientes las fugas, los sobornos, los motines. A diferencia de lo que ocurría con las preventivas donde la rigurosidad de la que estaba embebida se traducía en el aislamiento del preso, y medidas de extrema severidad para poder hacerlo efectivo. Sumado al rigor mismo del ámbito carcelario, había que adicionar el de la administración de los sacramentos particularmente dolorosa para aquellos que en verdad no eran ajenos a la fe católica, no así para judíos, moriscos o protestantes. Así, contrariamente al uso moderno, en que uno se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario, en la dinámica procesal inquisitorial parece operar el principio contrario: quien padece la prisión preventiva y está bajo proceso aparece como sospechoso, al menos cuando recae sobre él acusación que roce la herejía; por ende, no se le pueden ofrecer los sacramentos mientras no se pruebe su inocencia<sup>440 441</sup>.

Otra pena privativa de la libertad utilizada por la Inquisición española era el denominado castigo de galeras, establecido por disposición real ante la escasez de mano de obra para tales labores -indispensables para la comunicación marítima, sobre todo con las colonias hispanas- y para la seguridad del reino. La Inquisición medieval nunca la utilizó. Sus orígenes se remontan a los tribunales seculares de la época, los que solían condenar a algunos delincuentes a galeras, por períodos de tiempo variados, incluyendo

---

<sup>439</sup> Tras el arresto y confiscación de los bienes para pagar las costas del proceso se procedía al interrogatorio del reo bajo juramento de decir verdad, es decir que confesara espontáneamente sus faltas, si éste decía no recordar, o no saber, o si sus respuestas eran imprecisas, contradictorias, o evitaba responder se ordenaba su encarcelamiento. Que se realizaba en cárceles secretas que la Inquisición tenía preparadas al efecto, tal aislamiento tenía la finalidad de evitar precisamente la fuga del reo, y al mismo tiempo prepararlo para la próxima fase del proceso del “riguroso examen” que no era otra cosa que el interrogatorio bajo tortura. Vid. al respecto: MEREU, I.: *Historia de la intolerancia en Europa*, Ed. Paidós, Bs. As; también, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969

<sup>440</sup> A la luz de esto se produce el hecho de negar los sacramentos a fray Luis de León durante los tres años de su proceso y, al arzobispo de Toledo Carranza durante ocho años. Sus peticiones fueron desatendidas y al fin logró que al menos los dos criados que compartían la prisión con él sin culpa alguna pudiesen comulgar por Pascua, Vid al respecto TELLECHEA ÍDIGORAS, J.I.: Op. Cit. 60

<sup>441</sup> Vid al respecto TELLECHEA ÍDIGORAS, J.I.: Op. Cit. 60

la cadena perpetua. Por disposición del Rey Fernando el Santo Oficio también comenzó a emplearla pero, a diferencia de los tribunales civiles, jamás se condenó a reo alguno a un período superior a los diez años. A mediados del siglo XVIII, el Tribunal dejó de emplear esta sanción<sup>442</sup>.

Sin duda, le veta religiosa también ha sido determinante en la concepción de las precisamente: “penitenciarias” norteamericanas, pues ha sido la religión la base fundante del sistema carcelario de estados unidos, como veremos luego.

### **1.1.f)- De la custodia a la prisión**

Se ha dicho, como veíamos supra, que la pena de prisión principia como una medida de seguridad o una medida cautelar, así GARCÍA VALDÉS, nos dice, “Históricamente no ha sido inventada con esta finalidad (la reclusión), su razón originaria es, más que la de una medida de seguridad, la de una medida cautelar apta para asegurar la disponibilidad del reo a los fines del juicio; pero esta es la raíz, no el desarrollo del instituto”<sup>443</sup>.

La pena de privación de libertad no estaba consolidada como tal aún, las penas tenían otra naturaleza, se corporizaban precisamente y como hemos visto, en el sujeto objeto de la penalidad, la integridad física, el honor, pero no la libertad por sí misma.

Pero durante los siglos XVI y XVII, Europa, como hemos visto con anterioridad, sufre una transformación radical<sup>444</sup>, literalmente se origina una explosión de pobres que la desborda, es entonces, cuando se produce lo que se ha denominado como “el gran encierro”. Primero, los pobres, los míseros, los vagabundos eran expulsados de la ciudad. Un decreto del parlamento francés de 1606 ordenaba que los “mendigos sean azotados en la plaza pública, marcados en el hombro, rapados y finalmente expulsados de la ciudad”, y para impedirles regresar, otra ordenanza establecía en las puertas de la ciudad compañías de arqueros que deben prohibir la entrada a todos los indigentes. Luego el indigente ya no fue expulsado de la ciudad sino que fue internado, los “enemigos del buen orden, haraganes, mentirosos, borrachos impúdicos sin otro idioma

---

<sup>442</sup> Vid.: AYLLÓN DULANTO, F.: *Procedimientos jurídicos del tribunal de la inquisición*, en <http://www.ilustrados.com/tema/2745/Procedimientos-juridicos-Tribunal-Inquisicion.html>

<sup>443</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *Cuaderno...* Op. Cit pg 32

<sup>444</sup> El cambio de las formas de producción, de la economía feudal netamente agrícola a la explotación manufacturera basada en el hilado y cría ovina, que llevó literalmente a la expulsión del campesinado hacia la ciudad, produjo masas de desocupados y errantes, pues los señores feudales tendieron al aprovechamiento de la tierra pero fundamentalmente para el pastoreo, de manera que la mano de obra campesina se tornó inútil. Vid al respecto MELOSSI, D- PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op. Cit, pg 31

que el de su padre el “demonio” fueron institucionalizados para impedir la mendicidad y la ociosidad como fuente de todos los males”<sup>445</sup>.

Es en esta época en que empiezan a aparecer las prácticas segregacionistas masivas de individuos, a través de instituciones diversas: manicomios, hospicios, casas de corrección, lazaretos. La respuesta más apropiada para esta “amenaza social”, era el encierro, la reclusión<sup>446</sup>. El campesinado expulsado hacia los conglomerados urbanos era literalmente un estorbo, una “turba de indolentes” que debía contenerse. Se enfrentaba así una crisis económica que afectaba al mundo occidental en conjunto: descenso de salarios, desempleo, escasez de moneda<sup>447</sup>. Antes de que llegase a constituirse como tal, como hemos visto ya, a la pena de prisión se la utilizaba precisamente, como un medio de contención de los mendicantes<sup>448</sup>.

El encarcelamiento de estos grupos de marginados, afirma RODRIGUEZ MARGARIÑOS, fue prescrito por leyes como las *Poor Laws Isabelinas de Inglaterra*, por la que los funcionarios de Londres destinaron en 1557 un palacio abandonado al establecimiento de una casa de trabajo donde aquellos quedaron confinados tal fue el origen de *House of correction of Bridewell*<sup>449</sup>

Siguiendo el ejemplo emergen, como consecuencia de este contexto, las casas de corrección y de trabajo<sup>450</sup>, en Holanda, Alemania y Suiza, hacia los siglos XVI y XVII, pobladas todas por mendigos, vagabundos, dementes, prostitutas, internados allí con una finalidad correctiva, y otra finalidad más voraz: el aprovechamiento económico de su trabajo en aquéllas desarrollado, y una función extra, ni más ni menos que el “aprendizaje de la disciplina de su nuevo estado”<sup>451</sup>.

La Casa de Trabajo tenía por función ofrecer una labor a los menesterosos y la Casa de Corrección tenía por finalidad utilizar la mano de obra de vagabundos y criminales, pero en realidad eran la misma cosa: el delito era la pobreza, y la finalidad, la utilización de su mano de obra. Esto, ante los ojos de los desarraigados debía aparecer como “ayuda” o como castigo, mientras que para la clase privilegiada, era beneficio económico y le permitía además la regulación del precio del trabajo en el mercado libre, conveniente

---

<sup>445</sup> FOUCAULT, M.; *Vigilar...* Op. Cit. pg 28

<sup>446</sup> RIVERA BEIRAS, I.: *La cuestión carcelaria...* Op. Cit

<sup>447</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *Cuaderno...* Op. Cit, pg 29

<sup>448</sup> GEREMEK, B., *La piedad y la horca*, Ed. Alianza, Madrid, 1989, pg 224.

<sup>449</sup> RODRIGUEZ MARGARIÑOS: Op. Cit. pg. 5

<sup>450</sup> Cfr.: DEL PONT, M.: *Penología y Sistemas Carcelarios I* Bs. As 1974, pg. 52. Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: “Sistema Penitenciario español”, en *Delito y Sociedad*. Núm. Extraordinario XXVIII, 1971, Madrid, pg 54.

<sup>451</sup> MELOSSI, D. - PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op. Cit, pg. 36

como siempre, a sus propios intereses. Pero ha sido en Holanda, con los Rasphuys, casas eminentemente correctivas de conductas consideradas perturbadoras, donde se procuraba la ocupación laboral de los internos allí, eran ellos quienes se ocupaban de una labor en forma exclusiva, el raspado de maderas naturales que hechas polvo servían para el teñido de textiles, actividad vedada para los trabajadores libres, convirtiéndose así en una especie de monopolio, en un avance del próximo capitalismo<sup>452</sup>.

Este “modelo” se extendería prontamente por toda Europa, así, en Italia, se funda el Hospicio de San Miguel, destinado al internamiento y aprovechamiento de la mano de obra de los jóvenes y adolescentes indigentes, la casa de fuerza de Gante, en Bélgica, que incluía el pago de un peculio finalizada la internación; y en España, las llamadas Galeras para mujeres, que a diferencia de las galeras para hombres- es decir la utilización de la fuerza de los prisioneros para la movilización de grandes embarcaciones- consistía, en un sitio de internación de féminas acusadas de delitos de distinta naturaleza: brujerías, infanticidios, robos, prostitución y vagancia. La internación tenía por finalidad también el uso de la capacidad productiva<sup>453 454</sup> de las “mujeres de mala vida” a quienes se las explotaba con las más aberrantes condiciones de detención<sup>455</sup>.

Durante el siglo XVII, nos dice, RODRIGUEZ MARGARIÑOS, regía el absolutismo monárquico, dándose en consecuencia una organización política que se caracterizaba por el despotismo y la arbitrariedad. La organización del sistema penal era reflejo de esa situación política, a grado tal que presentaba el grado más repugnante que conoce la historia de la humanidad. Pronto, algunos estados, fundamentalmente aquellos de gran poderío económico advirtieron la valiosa fuerza productiva que representaban los condenados y se dedicaron a su explotación<sup>456</sup>.

---

<sup>452</sup> Vid al respecto: BARROS LEAL, C.: Op. Cit. pg 485 y sgs.

<sup>453</sup> SANDOVAL HUERTAS, E.: *Penología*, Ed. Universidad Externado, Bogotá, 1982, pg. 49.

<sup>454</sup> Es necesario tener presente que hasta el siglo XVIII se utilizaba aún como forma de castigo la deportación, el envío hacia las colonias, han sido precursores en la aplicación de este tipo de pena: Inglaterra, España, Francia, Portugal, sin embargo, también es cierto que el traslado en sí de los deportados constituía ya en sí mismo la aplicación de la privación de libertad, de hecho era considerada una forma “barata y cómoda”, “El buque se convertía en una prisión encallada, donde el mar se convertía en un vigilante gratuito. Los condenados permanecen hacinados, compurgan la pena padeciendo allí, en espera de la muerte por enfermedad, hambre o frío” Vid. CEBADA, L.: *Historia de la prisión*, Ed. UNAM, México, 2007, pg. 45

<sup>455</sup> SANDOVAL HUERTAS, E.: *Penología*, Op. Cit pg. 60

<sup>456</sup> RODRIGUEZ MARGARIÑOS, E.G.: Op. Cit, pg. 8

Durante los siglos XVI y XVII e incluso en algunos casos durante el siglo XVIII países como Francia, Inglaterra, España y Portugal, implantaron el trabajo forzoso para tener mano de obra.

Pero, afirma GARCIA VALDÉS, “la prisión como tal surge recién a partir del siglo XVIII en propiedad, la simiente prende, se aferra primero y se desarrolla más tarde en el nascente derecho penal, la pena carcelaria pasa a primer plano, como estrella de primera magnitud que lo alumbra, de las reacciones penales del derecho punitivo moderno<sup>457</sup>.”

Pero, ha sido, sin duda, el siglo XIX, quien alumbró la pena de prisión, como veremos. Afirma con claridad el Profesor de Alcalá de Henares, SANZ DELGADO, que es entre los períodos de la edad media y la moderna el momento en que comienza a operar el paso de la concepción de cárcel como mera custodia, a la prisión como pena. Este proceso de transformación culminaba de una parte con la aparición de las llamadas casas de corrección en el siglo XVI, pues hasta entonces no existían cárceles propiamente dichas, y en otra segunda y definitiva, en los años de reforma de las primitivas cárceles y creación de las penitenciarías a finales del siglo XVIII (...) la inaplicación de la pena capital para una nueva delincuencia, abundante, pero no muy peligrosa, los cambios sociales que, a su vez, transforman la mentalidad del castigo; la tradición cristiana de la pena como contrición y la ética calvinista de la sanción como penoso trabajo. Esa primera etapa fundamental en el entendimiento correcto del por qué de la reclusión, como uso institucional y no como instrumento de custodia para los presos a la espera de juicio, ha sido ubicada en la segunda mitad de siglo XVI y, más concretamente localizada en las siete provincias del norte de Europa bajo el reinado de Felipe II. El segundo fenómeno de relevancia tiene lugar a finales del siglo XVIII, y más exactamente, en el último cuarto de siglo, periodo de construcciones, rupturas de reformas y de nuevas creaciones, asentándose, definitivamente, en la memoria penitenciaria, con el surgimiento de las primeras penitenciarías, en los EE.UU, seguidas de los sistemas penitenciarios aplicables a ella como modelos de organización gubernamental<sup>458</sup>

### **1.1.g)- Estados Unidos de Norteamérica**

---

<sup>457</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: “Sistema...” Op, Cit. pg 33 y sgs.

<sup>458</sup> Vid. SANZ DELGADO, E *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Ed. Edisofer, Madrid, 2000

Hacia fines del siglo XVI Inglaterra comenzó con las deportaciones (como medio de eliminación de los “indeseables” allí) a las colonias de Norte América, estimándose que el número de presos embarcados para este país sobrepasaron los 30.000, lo que es una cifra altamente significativa si tenemos en cuenta las poblaciones de ese entonces. Entre los que arribaron a las playas del norte de América, se encontraban, vagabundos, mendigos, sujetos con antecedentes penales<sup>459</sup>. Pero a esta larga lista hay que agregar la de políticos, militares, y cuáqueros irlandeses y escoceses. De esta forma mientras en la metrópoli se alababa a este tipo de pena porque “libraba del mal a la patria”, la criminalidad, al otro lado del océano, aumentaba vertiginosamente<sup>460</sup>.

Hacia el siglo XVIII, una vez lograda la independencia de Inglaterra, fue decisiva la influencia de las comunidades cuáqueras que finalmente se establecieron y desarrollaron en norteamericana con toda su estructura religiosa, en la abolición de las leyes inglesas que suponían un sufrimiento de carácter corporal<sup>461</sup>, en 1790 se abolieron los azotes, los trabajos forzados y las mutilaciones.

En Filadelfia, bajo la influencia de los cuáqueros se fundó la penitenciaría de *Walnut Street* donde se ejecutaría el sistema que llevó el nombre de sistema Filadélfico. RIVERA BEIRAS, menciona cuatro elementos característicos: aislamiento o segregación celular, prohibición de trabajar, silencio absoluto y educación religiosa<sup>462</sup>. Este sistema se debe fundamentalmente a William PEEN, fundador de la colonia Pennsylvania, por lo que, al sistema se le denomina también pensilvánico. PEEN había

---

<sup>459</sup> Es menester tener siempre presente la atribución de la calidad de pecado a la mendicidad, las doctrinas religiosas de la época igualmente establecían la reconciliación divina en hechos del todo favorables a las clases que requerían del elemento humano: mediante trabajo. De esta manera, si el mendigo era un pecador porque no trabajaba volvería a ser un hijo de Dios mediante el trabajo, pero mediante el trabajo que le designara la sociedad, por lo que era completamente viable encontrar a estos hombres en las labores comerciales, militares o de producción. Adicionalmente, debido a que en la época se experimentaba una unión entre los conceptos de delito y de pecado, el mendigo, además de pecador, era considerado como un delincuente, por lo que se excluía la posibilidad de un reencuentro individual con la divinidad y, muy por el contrario, se establecía la tarea estatal de sancionar y de reorientar a dichas personas. Esta sanción y reorientación estatal operó mediante la creación de nuevas formas punitivas que se dedicaron a explotar las fuerzas laborales inactivas, que, a su vez, son las que nos sitúan y nos permiten hablar de esta fase de expiación o de explotación oficial de la fuerza laboral del recluso. Vid. al respecto: PROLEÓN PONCE, G.J.: *Penas privativas de la libertad y sistemas penitenciarios*, Ed. UNG, México, 2005

<sup>460</sup> Cuando Estados Unidos, logró su independencia, el viejo imperio comenzó a pensar en otras colonias al tener sus cárceles totalmente atestadas y superpobladas. Pensaron primero en las de África, pero allí había perecido casi la mitad de la población enviada y, por último concretaron sus proyectos en la isla de Australia, a las que llegó el primer cargamento en enero de 1788. Vid. al respecto: PROLEÓN PONCE, Op. Cit

<sup>461</sup> RIVERA BEIRAS, I.: “La política criminal de las escuelas...” en *Política Criminal...* Op. Cit. pg 98

<sup>462</sup> RIVERA BEIRAS, I.: “La política criminal de las escuelas...” en *Política Criminal...* Op. Cit, pg 100

estado preso por sus principios religiosos en cárceles lamentables y de allí sus ideas reformistas, alentadas por lo que había visto en los establecimientos holandeses. Era jefe de una secta religiosa de cuáqueros muy severos en sus costumbres y contrarios a todo acto de violencia. Por su extrema religiosidad implantó un sistema de aislamiento permanente en la celda, en donde se le obligaban al delincuente a leer la sagrada escritura y libros religiosos. De esta forma entendían que había una reconciliación con Dios y la sociedad. Por su repudio a la violencia limitaron la pena capital a los delitos de homicidio y sustituyeron las penas corporales y mutilantes por penas privativas de libertad y trabajos forzados. La prisión se construye entre 1790 y 1792, en el patio de la calle Walnut, a iniciativa de la Sociedad Filadélfica, primera organización norteamericana para la reforma del sistema penal. Contó con el apoyo del Dr. Benjamín RUSM, reformador social y precursor de la Penología. Señala MARCÓ DEL PONT, cómo en 1798 se describen dichas celdas en la siguiente forma: “En cada celda hay una pequeña ventanilla, situada en la parte superior, fuera del alcance del convicto y protegida por doble reja de hierro(...)No se permite al criminal, encerrado en la celda, el uso de un banco, una mesa, una cama o cualquier otro mueble u objeto necesario para soportar la vida sin riesgo de perder la salud (...)Ninguna comunicación es posible entre los presos en las diferentes celdas porque los muros son tan espesos que vuelven ininteligibles aún las voces más sonoras. Para evitar que el criminal vea cualquier persona, se le ponen a su alcance las provisiones una sola vez por día”<sup>463</sup>.

Las celdas estaban protegidas por una doble reja de hierro de tal forma que a pesar de todos los esfuerzos no pudiera salir, pero también teniendo en contra el espesor del muro. Las celdas se hallaban empañetadas de barro y yeso y se blanqueaban de cal dos veces al año. En invierno las estufas se colocaban en los pasadizos y de allí recibían los convictos el grado de calor necesario. Por la espesura de los muros, se impedía escuchar con claridad las voces. De esta forma se pensaba ayudar a los individuos sometidos a prisión a la meditación y a la penitencia, con claro sentido religioso. El aislamiento era tan extremo que en la capilla, los presos estaban ubicados en reducidas celdas, como cubículos con vista únicamente al altar. Asimismo, con fines de la enseñanza se los colocaba en especies de cajas superpuestas, donde el profesor o religioso, podía observarlos, sin que ellos se comunicaran entre sí. Otro principio del sistema era el trabajo en la propia celda, pero sorpresivamente se entendió que el mismo era contrario

---

<sup>463</sup> MARCO DEL PONT, L.: *Penología y Sistemas y sistemas carcelarios*, Ed. Depalma, 1974, Buenos Aires, pgs. 61, 62

a esa idea de recogimiento. De esta forma se les conducía a una brutal ociosidad. Sólo podían dar un breve paseo en silencio. Había ausencia de contactos exteriores. Los únicos que podían visitar a los internos eran el Director, el maestro, el capellán y los miembros de la Sociedad filadélfica. Al ingresar, a un interno se le ponía una capucha, la cual se le retiraba al extinguirse la pena. Por lo tanto, mientras estuviera preso la debía traer puesta, así mismo, se le prohibía escuchar y hablar de sus mujeres, de sus hijos o amigos. Sólo veían el rostro del vigilante, con el cual tampoco existía ninguna relación o comunicación verbal, todo era visual o por señas. Por lo que en esta forma de prisión, podemos concluir que los individuos estaban “enterrados en vida”, y que “habría sido mejor que los hubieran colgado antes de ponerlos en este estado y devolverlos luego así a un mundo con el que ya no tienen nada en común”<sup>464</sup>.

“Un invento norteamericano, un invento de los cuáqueros de Pennsylvania de la última década del siglo XVIII. Los cuáqueros de Pennsylvania tienen el mérito o la culpa de haber inventado o reinventado la prisión”<sup>465</sup> nos dice Norval MORRIS.

Es también atribuible a esta corriente la creación de los “sistemas penitenciarios”, que no es otra cosa que el conjunto de normas que regulan el funcionamiento interno de las prisiones, orientadas a una determinada concepción sobre los fines que debe lograr la privación de la libertad. Axiomáticamente, no puede hablarse con propiedad de sistemas penitenciarios hasta que la pena de prisión empieza a ser dotada de soporte específico y de pretensiones más amplias que la simple reclusión del penado. De ahí que, los sistemas penitenciarios surgieran afines a los movimientos de reforma de las cárceles y su objetivo no fuese otro que, además de asegurar y custodiar a la persona del penado, el de procurar educar para la libertad en condiciones de no libertad<sup>466</sup>

Ya entrado el siglo XIX se construye en Filadelfia la *Eastern Penitentiary*, con el denominado régimen celular puro, con aislamiento absoluto, en silencio obligatorio y con una única lectura: la biblia. De esta manera, se pretendía lograr la enmienda del preso y su reintegración al mundo exterior. Este sistema sin duda, llevaba a los internos allí a la locura, el suicidio o la muerte por enfermedades vinculadas al aislamiento y la clausura. “Habría sido mejor que le hubieran colgado, antes de ponerle en ese estado y

---

<sup>464</sup> VELASQUEZ PERALES, J.A.: Historia de la pena privativa de libertad, México, 2001

<sup>465</sup> MORRIS, N.: *El futuro de las prisiones*, México, Ed. Siglo XXI, 1989, pg. 20

<sup>466</sup> CASTRO VADILLO, N.J.: *Realidad penitenciaria y derechos humanos*, Ed. Universidad de Andalucía, 2009, pg. 27; Vid. también MUÑOZ CONDE, F.: “La resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles”, en *La Reforma Penal*, Madrid, 1982.



devolverle luego así a un mundo con el que ya no tiene nada en común<sup>467</sup>, señala Von HETING, refiriéndose a lo innatural de tal situación.

En 1816, también en Norteamérica, se funda la penitenciaría de *Auburn*, caracterizada por el aislamiento celular mantenido durante la noche, y una vida comunitaria durante el día, pero en absoluto silencio<sup>468</sup>, disciplina a la que debía incorporarse también la lectura obligatoria de la biblia. Pero el trabajo individual en cada celda resultaba improductivo. El crecimiento del capitalismo no podía desperdiciar tanta mano de obra, así es que se introdujo el trabajo carcelario en talleres bajo la más estricta disciplina. Fue creciendo así una verdadera industria carcelaria con quien no podía competir el ámbito privado, y estos precios fuera de competencia servían para poner tope a los salarios de los trabajadores libres, de manera que los incipientes sindicatos hicieron una petición formal para que se suprimiera el trabajo en las prisiones<sup>469</sup>. Sería, en consecuencia, la prisión de la ciudad de Auburn un centro de reclusión con un régimen especial de tratamiento a los reclusos que, básicamente, fue el resultado de los bajos presupuestos destinados a las prisiones, y de un pensamiento exagerado e irracional. Fue, en consecuencia, implantado el trabajo comunal, pero, a la vez, fue conservado el aislamiento nocturno bajo la regla del silencio absoluto, que, con posterioridad, también fue extendida al momento del desempeño de las tareas laborales de los reclusos, en las que bajo la absoluta y permanente presión de sufrir castigos corporales, se les imponía la obligación de no hablar y de conservar la posición corporal adecuada para el desempeño de sus actividades. De lo anterior, podemos, en primer lugar, deducir las normas establecidas al interior de este régimen penitenciario, compuestas por: aislamiento celular nocturno, trabajo en comunidad, disciplina severa y silencio absoluto. En segundo lugar, podemos decir que este régimen auburniano es el resultado del acoplamiento del régimen celular a los bajos presupuestos estatales en el campo de las prisiones.

Con PROLEÓN PONCE concluimos, en consecuencia, que éste es uno de los regímenes más crueles de todos los que han llegado a existir para la aplicación de la pena privativa de la libertad, y lo es porque en su interior, a diferencia del aislamiento celular, generaba la ansiedad y aumentaba la necesidad humana de mantener contactos

---

<sup>467</sup> Von HENTIG, H: *La pena, las formas modernas de aparición*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1968, pg. 226

<sup>468</sup> Cfr. BARROS LEAL, C.: Op. Cit. pg. 487

<sup>469</sup> Von HETING, H, Op. Cit, pg.229

verbales y físicos con los semejantes, es decir, con los demás reclusos. “Lynds<sup>470</sup>, sin duda alguna, lo sabía y por ello se propuso no ceder sino por el contrario imponer su pensamiento, que no era nada distinto a la necesidad de hacer cumplir sus reglas, ésas que arbitrariamente había elaborado”<sup>471</sup>.

De lo anterior, podemos, en primer lugar, deducir las normas establecidas al interior de este régimen penitenciario, compuestas por: aislamiento celular nocturno, trabajo en comunidad, disciplina severa y silencio absoluto. En segundo lugar, podemos decir que este régimen auburniano es el resultado del acoplamiento del régimen celular a los bajos presupuestos estatales en el campo de las prisiones.

Ambos sistemas, el filadélfico y el auburniano comenzaron a declinar, el primero porque los presos morían dementes y el segundo, por la presión de los trabajadores libres.

Hacia la primera mitad del siglo XIX, se daba lugar al nacimiento de los sistemas progresivos europeos. El sistema inglés de MACONCHIE<sup>472</sup>, el alemán de OBERMAYER<sup>473</sup> y el irlandés de CROFTON<sup>474</sup>, todos ellos establecían períodos o

---

<sup>470</sup> Elam Lynds, fue un norteamericano que en 1821 asumió el cargo de director de la prisión de la ciudad de Auburn y que, en lo referente a su pensamiento sobre los reclusos, no dejaba de considerarlos como un par de "salvajes, cobardes e incorregibles".

<sup>471</sup> PROLEÓN PONCE, G.J.: Op. Cit.

<sup>472</sup> Fue un funcionario de prisiones inglés enviado a mediados del siglo XIX, hacia Australia. Sostenía, “Pienso que las condenas temporales son la raíz de casi toda la desmoralización que existe en prisión. Un hombre bajo sentencia temporal sólo piensa en cómo engañar durante ese tiempo y después; rehúye el trabajo porque no le interesa para nada y no desea agradar a los funcionarios a cuyas órdenes está porque de nada le sirven, no pueden promover en alguna forma su liberación. (...) Ahora bien, estos (...) males se remediarían introduciendo el sistema de redención por el trabajo.” Esto es, proponía una idea de rehabilitación de los delincuentes, más allá de una prefijada condena estéril cuyo único objetivo es mantener a los criminales lejos de la sociedad. Entre las medidas que promovió estaban las condenas indefinidas, la educación para la reintegración en la sociedad, la separación y clasificación de prisioneros para crear una dinámica favorable de grupo, la participación activa de los reclusos en la vida de la prisión, el contacto directo de las autoridades con los presos, sistemas educativos y formativos para los reos, el permiso para llevar a cabo trabajos ocupacionales voluntarios (como cultivar un jardín), entre otras cosas. Para MACONCHIE, la función de la prisión era socializar a los presos, y para ello debía parecerse todo lo posible al mundo exterior.

Las ideas de MACONCHIE se hicieron realidad en la prisión de Norfolk, en la que se aplicó un sistema de condenas de trabajo, en lugar de temporales. Para evaluar el progreso de este trabajo, los presos debían conseguir “notas de recomendación”, que era posible obtener por medio de la realización de distintas tareas y por buena conducta. El preso empezaba de 0, y a medida que iba ganando “notas” podía mejorar sus condiciones de vida mediante la ganancia de privilegios, cuyo valor dependía del número de “notas”. Las malas conductas no se castigaban con los métodos al uso en la época, sino con multas en forma de pago de estas “notas” y pérdida de privilegios. En etapas avanzadas, los presos se juntaban en grupos y eran evaluados como tal, siendo las ganancias y las pérdidas compartidas. Con esto se pretendía que las condiciones a medida que avanzaba la condena y se acercaba la liberación fueran cada vez lo más parecidas posibles a la vida real. Como podemos ver, estos procedimientos son muy parecidos a los utilizados en las “economías de fichas” actuales. Cfr. *Maconochie y la reinserción penal*, en: <http://dopaminergico.blogspot.com/2009/03/la-economia-de-fichas-es-un-sistema.html>

Vid al respecto: MORRIS, N.: *Los caballeros de Maconochie, Historia de la isla de Norfolk y las raíces de la moderna reforma penitenciaria*. Traducción de SANZ DELGADO, E. Inédito.

<sup>473</sup> Hacia el año 1842, el director de prisiones de Munich George OBERMAYER, introducía con éxito un sistema similar al utilizado por MACONCHIE.

grados, la superación de cada uno de ellos permitía la oportunidad de mejorar la calidad de vida dentro de la prisión, se obtenían así mayores beneficios que permitían la excarcelación anticipada<sup>475</sup>.

## 2)- El tránsito hacia la secularización

La secularización es el proceso que experimentan las sociedades a partir del momento en que la religión y sus instituciones pierden influencia sobre ellas, de modo que otras esferas del saber van ocupando su lugar y las realidades temporales, culturales o humanas sufren una purificación de los elementos religiosos hasta alcanzar autonomía, dicho tránsito se evidencia desde la edad media hacia la moderna<sup>476</sup>. Este proceso de secularización también se evidenció en la compleja evolución del castigo o pena y por tanto, también han cambiado los argumentos que se han dado para justificarlo, aunque en el fondo se trate no más que de un simbolismo, puesto que tal y como la afirma MESSUTI, “Pareciera más bien que en lugar de ser un medio para alcanzar determinado fin, la pena se ha convertido en un medio para el que se buscan fines con el propósito de poder legitimarlo como medio”<sup>477</sup>.

Ahora bien, un momento crucial en la evolución de la justificación de la pena, es pues, la desaparición del Estado Teocrático, donde cualquier castigo era autorizado por la “ley de Dios”, por lo que las penas contra la vida y la integridad física no parecían desproporcionadas. La secularización del poder, y consecuentemente de la justicia, obliga moralmente al hombre a cambiar su concepción sobre el castigo. Una vez que el

---

<sup>474</sup> Walter CROFTON, director de prisiones de Irlanda, viene a perfeccionar el sistema, al establecer cárceles intermedias, en las cuales hay un periodo de prueba para obtener la libertad, es aquí donde encontramos cuatro periodos:

- 1.- El primero, de aislamiento, sin comunicación y con dieta alimenticia.
- 2.- El segundo trabajo en común y silencio nocturno. Es el sistema auburniano.
- 3.- El tercer periodo, intermedio, introducido por CROFTON es el trabajo al aire libre, en el exterior, en tareas agrícolas especialmente, como el actual sistema de extramuros. Entre sus innovaciones se encuentra el no uso del traje penal.
- 4.- El cuarto periodo es el de la libertad condicional en base a vales, al igual que en el sistema de MACONCHIE, ganados por la conducta y el trabajo realizados. Vid. GONZÁLEZ PLACENCIA, L.: *La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, Aportes y Expectativas*. Ed. CNDH, México, 1995.

<sup>475</sup> Cfr.: LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Ed Dykinson, Madrid, 2002, pg. 19

<sup>476</sup> Vid. BORGHESI, M.: *Secularización y nihilismo, cristianismo y cultura contemporánea*, Ed. Encuentro, Bs. As, 2001

<sup>477</sup> MESSUTI, A.: *La justicia...* Op. Cit. pg.137

hombre, y sólo el hombre, es el legitimado para condenar un crimen, aparecen nuevas penas y nuevas teorías para aprobar esta nueva potestad humana<sup>478</sup>.

Como certeramente lo afirma MESSUTI “(...) en torno al tema del castigo se desenvuelven otros temas comunes al derecho y a la religión como, entre otros, la culpa y la redención que marcan la existencia de un terreno común que con el término secularización pareciera que sería deslindado”<sup>479</sup> Sería, siguiendo a la autora citada, más que la separación de lo sagrado, de una inmersión de lo mundano. Los sentimientos colectivos afectados por una u otra criminalidad son muy diferentes, los que resultan afectados por la criminalidad religiosa son sentimientos que nos son impuestos por una fuerza externa “Todos los actos que sean una afrenta a esos seres trascendentes, a aquello que se impone dentro de cada uno y nos obliga a todos, resultan tan abominables que la indignación que suscitan sólo puede ser calmada con un acto violento. Si para complacer a los dioses el hombre está dispuesto a hacer todo tipo de sacrificios, ¿a qué no estaría dispuesto cuando se trata de calmarlos? Por más viva que sea la piedad que despierte el culpable, nunca será tanta como para contrarrestar la indignación que despierta el sacrilegio. Se trata de sentimientos demasiado desiguales”<sup>480</sup> En cambio, cuando el delito se seculariza es otro el objeto afectado, ya no se trata de la divinidad sino de la comunidad. Por lo tanto, la represión que provoca la afectación de intereses humanos, puramente humanos, no es tan violenta. Si podía parecer completamente natural sacrificar la dignidad humana del culpable a la majestad divina ultrajada, se presenta como una contradicción “irremediable” vengar la dignidad humana ofendida en la persona de la víctima violando esa misma dignidad en la persona del culpable<sup>481</sup>.

Las teorías medievales del derecho divino suponían el poder dividido, por voluntad de Dios, en dos grandes brazos: espiritual y temporal. La iglesia, y a su cabeza el pontífice de Roma, se reservaba la potestad sobre los asuntos espirituales, mientras que el poder temporal era ejercido por otras instituciones, encabezadas por el rey. Aun cuando los conflictos entre ambas autoridades fueron continuos, a fines de la edad media el origen divino del poder real era comúnmente admitido por los tratadistas y el pueblo. Sin embargo, la potestad real estaba limitada por fueros, leyes y privilegios de muy variado

---

<sup>478</sup> FERNÁNDEZ DE LA TORRE, J.: *La justificación del castigo y la justificación político social del castigo*, Universidad de Alicante, 2003

<sup>479</sup> MESSUTI, A.: *La justicia...* Op. Cit, pg 120

<sup>480</sup> MESSUTI, A.: *La justicia...* Op. Cit. pg 123

<sup>481</sup> MESSUTI, A.: *La justicia...* Op. Cit. pg. 124

signo. La crisis del feudalismo – siglos XV y XVI -, que trajo consigo la disolución de los monasterios, la secularización de los bienes eclesiásticos, la expropiación de tierras, la desintegración de los feudos y la expulsión de una gran masa campesina a la que, a su vez, se le cambian sus métodos de labranza, empezando a conformarse una inmensa población de desocupados, indigentes, vagabundos y grupos de bandidos que llenan las ciudades en donde se veía ya una actividad comercial importante. Este momento histórico va a caracterizarse, pues, por un aumento considerable de la criminalidad, favoreciendo el desarrollo de las penas privativas de libertad, que va a concretarse en la construcción de edificios expresamente dedicados a albergar mendigos, vagos, prostitutas y jóvenes rebeldes, a fin de procurar su corrección. Como veremos en profundidad, enseguida.

Buscando un por qué a la metamorfosis que se produjo en la prisión parece, entonces, necesario, encuadrarla dentro de los cambios económicos y sociales producidos en ese momento (Revolución Industrial, Revolución Francesa), donde la libertad empieza a ser un bienpreciado tanto filosófica como económicamente. Desde el plano jurídico-económico: las privaciones de la libertad, se consideran un castigo igualitario en una sociedad donde, la libertad-tiempo-salario es un bien de intercambio y factible de codificación y medida de todos los delitos. Desde el punto de vista técnico disciplinario: es decir como aparato de transformación de los individuos; le dio fundamento, solidez y aceptación a la pena privativa de la libertad su configuración como una “*pena civilizada*”<sup>482</sup>.

La disminución de la violencia, afirma MESSUTI, obedece también a la desacralización de la víctima del delito. Desde la perspectiva punitiva hay pues una pérdida de legitimación divina, así mientras la autoridad política era un poder delegado por Dios, no se planteaba la legitimidad de la pena. Había una continuidad entre la pena como retribución divina y la pena como sanción jurídica profana porque el poder político se ejercía como poder delegado por Dios, que debía hacer respetar un orden “querido por Dios”, mediante la aplicación de una pena “previamente justificada”. Por ello, con la secularización del poder político, es decir, su no fundamentación en una instancia supraterrena, la justicia penal busca su legitimidad en los fines que asigna a la pena y convierte a ésta en medio para alcanzarlos. En ese sentido la pena se “objetiviza”, es

---

<sup>482</sup> RODRIGUEZ MAGARIÑOS, F.G.: Op. Cit, pg 19

decir, no expresa la ira divina, directamente o a través del poder político, sino una reacción de la comunidad entera<sup>483</sup>.

En el curso del siglo XVIII se produce una relajación de la penalidad, los crímenes parecen perder violencia y los castigos se descargan de una parte de su intensidad - aunque a costa de intervenciones múltiples- y la liquidación institucional de grandes bandas deja su lugar a una delincuencia antipropiedad e individualista. A finales de siglo los delitos contra la propiedad privada parecen reemplazar a los crímenes violentos, esto forma parte de un mecanismo complejo en el que intervienen numerosos factores como la elevación general del nivel de vida, multiplicación de las riquezas y propiedades, valorización tanto jurídica como moral de las relaciones de propiedad, fuerte crecimiento demográfico. Emerge la necesidad de seguridad por lo que se empieza a tomar en cuenta a esta pequeña delincuencia, la justicia pasa a ser más severa con el robo, para el cual adopta en adelante unos aires burgueses de justicia de clase, y se establecen métodos más rigurosos de vigilancia, división en zonas de la población, técnicas perfeccionadas de localización y de información, etc. sí los reformadores "lo que atacan en efecto en la justicia tradicional, antes de establecer los principios de una nueva penalidad, es indudablemente el exceso de los castigos pero un exceso que va unido a una irregularidad más todavía que a un abuso del poder de castigar". No se pretende "castigar menos, sino castigar mejor; castigar con una severidad atenuada quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social", multiplicando los circuitos. Analizan que la existencia de numerosos privilegios (rey, señores) vuelve desigual el ejercicio de la justicia; irregular ante todo por la multiplicidad de instancias, que se neutralizan, encargadas de su cumplimiento<sup>484</sup>. El objetivo es establecer una nueva economía del poder de castigar; una mejor distribución y gestión. En el Antiguo Régimen se daba según las diferentes clases sociales un marco de ilegalismos tolerados, las capas más desfavorecidas de la población carecían de privilegios pero tenían un espacio de

---

<sup>483</sup> MESSUTI, A.: *La justicia...* Op. Cit, pg. 125

<sup>484</sup> La burguesía se burla completamente de los delincuentes, de su castigo o de su reinserción, que económicamente no tiene mucha importancia, pero se interesa por el conjunto de los mecanismos mediante los cuales el delincuente es controlado, seguido, castigado, reformado. La idea de encierro penal era criticada tanto por los reformadores como por los juristas clásicos ya que no puede responder a la especificidad de los delitos, tiene pocos efectos hacia los demás ciudadanos y puede ser objeto de desconfianza para estos ya que no saben lo que ocurre dentro. Además, no es económicamente rentable, multiplica los malos vicios. Que la prisión pueda como hoy, cubrir, entre la muerte y las penas ligeras, todo el espacio del castigo, es un pensamiento que los reformadores no podían tener inmediatamente. La detención se convierte en la forma más usual de castigo, se construyen prisiones por distrito. Vid. GIMÉNEZ. S.: Op. Cit

tolerancia por el que estaban dispuestos a sublevarse para defenderlo ya que estos aseguraban con frecuencia su supervivencia. Este ilegalismo en el nuevo estatuto se convierte en ilegalismo de bienes, por tanto habría que castigarlo<sup>485</sup>.

Con todo y siguiendo a MESSUTI, debemos preguntarnos si la pena en su evolución ha logrado “desacralizarse” en el más amplio de los sentidos, es decir, si ha logrado desprenderse de los elementos sacros que la transforman en el medio para la eliminación del “pecado”, o como dice la autora argentina citada, “(...) En cierto modo la delincuencia es la tempestad que arrasa la seguridad de la vida cotidiana y los delincuentes los demonios que la acechan. A pesar de que ya no se cree en los demonios se reacciona contra la delincuencia y los delitos con la misma irracionalidad que se atribuye al hombre primitivo(...) por ello la racionalidad con que se pretende responder, apaciguar, ese terror no es más que aparente”<sup>486</sup>.

### **3)- Las tesis economicistas**

Es necesario partir aquí del análisis de MARX Y ENGELS, quienes entienden que el conflicto tiene lugar entre clases sociales y que la lucha entre ellas decide los procesos de cambio estructural hacia un modo de producción. Por su parte, la concepción del hombre es anti-individualista. Éste es concebido desde sus raíces y condicionamientos históricos y sociales, inmerso en relaciones de producción concretas y preexistentes, y de ningún modo como un ser aislado o una abstracción filosófica al estilo del pensamiento de los siglos XVII y XVIII. En su relación con la sociedad, postulan que el individuo la crea y que, al hacerlo, se autocrea, en una dinámica que se enmarca en el proceso de producción material. Ahora bien, esta noción dista de ser voluntarista, ya que insisten en que la acción humana es acción condicionada por la estructura de clase y las relaciones de producción particulares. Las formas sociales que resultan de la participación humana en estas relaciones de producción adquieren relevancia objetiva y se imponen al hombre modelando su comportamiento y su conciencia. Las relaciones sociales se encuentran por tanto constituidas por relaciones de producción, propias de una sociedad en su devenir histórico<sup>487</sup>, y todo parece (objetivamente) producido por el capital y del uso del capital como medio para arrebatar el excedente de trabajo. Sin

---

<sup>485</sup> Vid. CUELLO CANTÓN, E.: *La moderna penología*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, pg. 30

<sup>486</sup> MESSUTI, A.: *La justicia...* Op. Cit. pg. 137

<sup>487</sup> COTTARELL, R.: *Introducción a la sociología del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, pg. 99

embargo, a la vez que se instaure rápidamente un mundo perverso embrujado, el capital desempeña el papel de superficie de registro en la que recae toda la producción<sup>488</sup>.

Así MARX sostiene: “El delincuente rompe la monotonía y el aplomo cotidiano de la vida burguesa. La preserva así del estancamiento y provoca esa tensión y ese desasosiego sin los que hasta el acicate de la competencia se embotaría. Impulsa con ello las fuerzas productivas. El crimen descarga al mercado de trabajo de una parte de la superpoblación sobrante, reduciendo así la competencia entre los trabajadores y poniendo coto hasta cierto punto a la baja del salario y, al mismo tiempo, la lucha contra la delincuencia absorbe a otra parte de la misma población”<sup>489</sup>.

Para MARX el delincuente no constituye un ser libre, ni el delito el resultado de la libre voluntad. En el mundo capitalista el delito no es sino la manifestación aislada del individuo en pugna con las condiciones de opresión y, en consecuencia, la imposición de una pena convierte al delincuente, irremediablemente, en un esclavo de la justicia, una justicia de clase. Su concepción desplaza la delincuencia al ámbito integrado por los trabajadores improductivos, no organizados, al que designa como lumpen-proletariado. La actividad delictiva es, en definitiva, la expresión de la falsa conciencia individualista. (Por otra parte, considerando el interés de MARX por la organización de la clase obrera para la revolución, se explica su menosprecio por aquel sector social.)<sup>490</sup>

Si se considera a MARX y a ENGELS como los máximos exponentes del paradigma sociológico del conflicto, puede verse que sus lineamientos y supuestos principales consisten, básicamente, en la concepción de la realidad social como esencialmente conflictiva y caracterizada por la existencia de desigualdad social. Si bien no se niega la existencia de fenómenos sociales tales como la estabilidad, el consenso, la integración o el equilibrio, se entiende que el orden social se asienta sobre una plataforma en permanentes tensiones entre sus distintos componentes. Particularmente, MARX y ENGELS entienden que el conflicto tiene lugar entre clases sociales y que la lucha entre ellas decide los procesos de cambio estructural de un modo de producción hacia otro. Al partir del supuesto de que la realidad, aunque socialmente constituida, es objetiva, ambos autores interpretan que la sociedad es supraindividual, externa y coactiva, e importa individuos que interactúan en una esfera de producción material, es decir, en un

---

<sup>488</sup> DELEUZE, G-GUATTARI, F.: *Las máquinas deseantes*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2003, pg. 46

<sup>489</sup> MARX, C.: “Teoría de la plusvalía” en *El capital*, Madrid, 1980, pg. 60

<sup>490</sup> PRADO, C.: “Dos concepciones del castigo en torno a Marx” en *Mitologías y discursos del castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2004, pg. 116



escenario de trabajo humano. Ahora bien, esta noción dista de ser voluntarista, ya que insisten en que la acción humana es acción condicionada por la estructura de clase y las relaciones de producción particulares. Las formas sociales que resultan de la participación humana en estas relaciones de producción adquieren relevancia objetiva y se imponen al hombre modelando su comportamiento y su conciencia<sup>491</sup>.

Las tesis de carácter economicista fundan, por tanto, el nacimiento de la pena privativa de libertad como tal, con el nacimiento incipiente del capitalismo. No sería más que la imposición de un régimen de sumisión orientado al sometimiento del naciente proletariado a la clase burguesa, a la clase dominante, la pena de prisión sería entonces un instrumento más de dominación.

En los postulados de MARX<sup>492</sup> y ENGELS<sup>493</sup>- aunque no han desarrollado un estudio sistemático referido al derecho- encontramos una influencia categórica para las teorías economicistas y del disciplinamiento, en autores como PASUKANIS, y su *Teoría general del derecho y marxismo*<sup>494</sup> y en RUSCHE y KIRCHHEIMER<sup>495</sup>.

Es en esa línea que los autores italianos MELOSSI y PAVARINI, sostienen que la pena privativa de libertad como tal, se encontraría estrechamente vinculada a la aparición del capitalismo. En un sistema de producción precapitalista, la pena de prisión como tal, no existe<sup>496</sup>.

MELOSSI y PAVARINI, afirman que con anterioridad a esta forma de castigo- traducida en la confiscación del tiempo equivalente a trabajo- no existía la idea de trabajo humano medido por el tiempo, es decir, “trabajo asalariado”, entonces se privaba de bienes socialmente considerados valiosos y la pena tenía un carácter

---

<sup>491</sup> PRADO, C.: Op. Cit. pg. 120

<sup>492</sup> Conocido es el planteo de MARX, cuando se refiere a la relación entre la delincuencia y el mercado de trabajo, según el cual: “El delincuente rompe la monotonía y el aplomo cotidiano de la vida burguesa. La preserva así del estancamiento y provoca esa tensión y ese desasosiego sin los que hasta el acicate de la competencia se embotaría. Impulsa con ello las fuerzas productivas. El crimen descarga al mercado de trabajo de una parte de la superpoblación sobrante, reduciendo así la competencia entre los trabajadores y poniendo coto hasta cierto punto a la baja del salario y, al mismo tiempo, la lucha contra la delincuencia absorbe a otra parte de la misma población” Vid. al respecto: ROCES, W.: *MARX y ENGELS; Obras fundamentales, Teorías sobre la plusvalía*, 1.ª edición Ed. FCE, México, pg 360.

<sup>493</sup> Con la teoría del valor en virtud de la cual el valor de las mercaderías depende del tiempo de trabajo utilizado para producirlas y la división de clases entre burgueses y proletarios, y la explotación de unos por otros.

<sup>494</sup> Vid. PASUKANIS, E.: *Teoría general del derecho y marxismo*, traducción de ZAPATERO, V., Ed. Labor, Barcelona 1976.

<sup>495</sup> Para RUSCHE y KIRCHHEIMER, la pena como tal no existe, solamente existen sistemas punitivos concretos que se desarrollan en el ámbito de los sistemas productivos, la pena actúa directamente en la lucha de clases y el mercado de trabajo actúa con lo que ellos denominan ley de mejor elegibilidad, y el sustento de la pena no es otro más que crear la disciplina del trabajo y la sumisión en los internos. Vid. RUSCHE, G- KIRCHHEIMER, O.: *Pena y estructura social*, Ed Temis, Bogotá, 2004

<sup>496</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, D.: *Cárcel...* Op. Cit. g. 18

enteramente confiscatorio, pero no aún de la libertad. La pena privativa de libertad tiene, para estos autores, un carácter y un contenido económico, y el antecedente inmediato de esta forma de castigo se encontraría en las “casas de trabajo” inglesas.

Un decreto austríaco de 1763 “establecía que el objetivo de construir fábricas a lo largo del país era proporcionar a los individuos ociosos la oportunidad de ganarse la vida, y si era necesario obligarlos, se les debía recluir en las casas de trabajo”<sup>497</sup>. Las condiciones de las casas de trabajo entonces, tenían que ser las peores, por debajo de las inferiores condiciones que podían vivenciarse afuera, para que la masa proletaria ofreciera su labor a quien fuera, por el salario que fuera, y evitar así ser enviada a ellas.

El tránsito del sistema manufacturero al sistema de fábrica propiamente dicha, marca la edad de oro del capitalismo, y según MELOSSI y PAVARINI, el período más negro de la historia del proletariado. El hecho de que poco a poco fuese desechándose la mano de obra, al incorporarse el plus de la maquinaria, hizo que la casa de corrección fuese absorbiendo a la prisión custodia dando paso a la prisión como tal. Aunque, sostienen los autores citados, que fue el “prison act” de 1865 el que eliminó formalmente la diferencia entre ambas<sup>498</sup>.

Ahora bien, es necesario no perder de vista que MELOSSI y PAVARINI, cuando aluden a la cárcel fábrica no lo hacen en el sentido estricto de producción de bienes, sino y más bien como producción de proletarios, es decir, la utilización de la prisión para disciplinar a los criminales en la conducta de la fábrica, en otras palabras: producir obreros dóciles<sup>499</sup>. En esta concepción, la cárcel era útil también para servir de tope a la espiral salarial, así, si en el mercado, la fuerza de trabajo excedía a la demanda generando desocupación y deterioro del nivel salarial, en consecuencia, la cárcel se convierte en un lugar de destrucción de la fuerza de trabajo. Cuando ocurre lo contrario y la oferta de trabajo es estable, con el consecuente aumento del nivel salarial, la cárcel emplea la fuerza de trabajo, reajustándola, con una función “reeducativa” en el mercado libre. El universo institucional, sostienen MELOSSI y PAVARINI, vive del reflejo de las vicisitudes del mundo de la producción, “las prácticas penitenciarias resultan así oscilantes entre la prevalencia de instancias negativas (la cárcel destructiva) y la instancia positiva (cárcel productiva con fines reeducativos) y entre esos dos puntos

---

<sup>497</sup> NEUMAN, E.: *La evolución de la pena privativa...* Op. Cit. pg 89

<sup>498</sup> Así, a partir del “prisión act” podían condenarse a los delincuentes menores a cualquiera de las dos instituciones de manera discrecional. MELOSSI, D- PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op. Cit, pg 58

<sup>499</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op, Cit, pg 190

(tomados como puntos ideales abstractos) se sitúan las experiencias concretas de la cárcel”<sup>500</sup>

Para la burguesía era una necesidad, sostienen los autores italianos, que la cárcel moderna, se transformara además en el gabinete de observación de cómo se producía la transformación del hombre en los tiempos, los modos, las formas, de esa transformación del criminal en la imagen burguesa de cómo debe ser el no propietario, y el tema central llega a ser la peligrosidad social del agresor potencial a la propiedad. “Así es que entonces, la clase de los no propietarios se considera ideológicamente homogénea a la de los criminales y viceversa”<sup>501</sup>.

La cárcel en definitiva, tiene, un objetivo muy preciso y no es otro más que la reconfirmación del orden social burgués: la distinción entre los propietarios y no propietarios que debe reeducar al “criminal no propietario” para que se convierta en un proletario socialmente no peligroso, es decir, que sea un propietario que no amenace la propiedad<sup>502</sup>.

Además de lo señalado, la pena de prisión, ofrecía al discurso burgués un “discurso hegemónico”, con una importante aportación ideológica, afirman los autores italianos, representaría una especie de modelo con su organización interna, para la sociedad exterior, “la cárcel asume la dimensión de proyecto organizativo del universo social subalterno; modelo a imponer”<sup>503</sup>

Para RUSCHE y KIRCHHEIMER “La pena no es ni una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo; por el contrario, debe ser entendida como fenómeno social independiente de los conceptos jurídicos y los fines,(...)la pena como tal no existe, existen solamente los sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales”<sup>504</sup>.

Sin desconocer ni negar la importancia de otros factores (fiscales, religiosos, políticos, ideológicos, etc.), estos autores plantean que el mercado laboral constituye el determinante básico de la pena. La trascendencia del trabajo puede constatarse, entienden, en dos cuestiones particulares. Primeramente, cuando actúa fijando el valor social de la vida de los débiles. Al respecto ilustran que, durante la edad media, en

---

<sup>500</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op, Cit, pg. 191

<sup>501</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op, Cit, pg 194

<sup>502</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op, Cit, pg 195

<sup>503</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op, Cit, pg 198

<sup>504</sup> RUSCHE, G- KIRCHHEIMER, O.: Op. Cit. pg. 3

períodos de abundancia de mano de obra, la política criminal reviste formas inflexibles e impiadosas, en tanto que posteriormente, durante tiempos de crecimiento de la demanda de mano de obra, tal política se ocupa de preservar la vida y fuerza de trabajo de los infractores. En segundo lugar, indican que el mercado de trabajo actúa en la aplicación de las penas a través de lo que denominan “ley de menor elegibilidad”. En virtud de ella, las condiciones de vida carcelarias y las formas del trabajo en el interior de las prisiones deben ser siempre inferiores a las peores prácticas y circunstancias que marcan la vida en la sociedad libre. La importancia de esta línea de demarcación (según es definida) estriba en que su inobservancia conlleva la pérdida del sentido de la finalidad de la pena<sup>505</sup>.

PASUKANIS en abierta polémica con las concepciones normativistas burguesas que contemplan al Derecho como una forma lógica que se aplica a las relaciones sociales e incluso también a las económicas, determina las categorías jurídicas en relación lógica e histórica con las categorías económicas con las que se corresponden. El hombre asume, entonces, la categoría de sujeto de Derecho desde el instante en que el producto del trabajo asume la figura de mercancía, y el sujeto de Derecho no es más que el portador de mercancías transportado al cielo<sup>506</sup>, sostiene que “La idea de sociedad en su conjunto no existe más que en la imaginación de los juristas: no existen de hecho más que clases con intereses contradictorios. Todo sistema histórico determinado de política penal lleva la marca de los intereses de la clase que lo ha realizado”<sup>507</sup> Entiende así el autor citado que la cárcel es una creación burguesa y el derecho penal es, como todo derecho, un instrumento de “dominación y, en ocasiones, de terrorismo de clase”.<sup>508</sup> Protege los derechos de propiedad de las clases dominantes así como las estructuras morales y sociales que los sustentan, y está dirigido “sobre todo contra esos elementos que han perdido su posición en la sociedad “o contra aquellos que representan una amenaza política. Ciertos sistemas penales y formas institucionales también pueden entenderse a partir de las formas mercantiles y la ideología que se asocia con ellas. Para PASUKANIS “la sola crítica teórica no puede eliminar las formas de conciencia burguesa porque conforman un todo con las relaciones materiales de las que son expresión. La única manera de disipar estas manifestaciones que se han convertido en

---

<sup>505</sup> PRADO, C.: Op. Cit. pg. 127

<sup>506</sup> FASSO, G.: *Historia de la Filosofía del derecho*, Ed. Pirámide Madrid, 1981, pg. 51

<sup>507</sup> PASUKANIS, E. G.: Op. Cit, pg. 77

<sup>508</sup> PASUKANIS, E. G.: Op. Cit. pg. 173

realidad es superando las relaciones correspondientes en la práctica, es decir por medio del socialismo”<sup>509</sup>.

Las relaciones económicas capitalistas dieron origen a la noción de hombre como poseedor de la mano de obra y de la libertad, ambos calibrados en términos de tiempo y, de esta manera, el capitalismo a su vez originó el encarcelamiento moderno que se fundamenta en esta mentalidad<sup>510</sup>.

Percibe una relación profunda entre encarcelamiento y capitalismo, apunta hacia una forma cultural que surge de la esfera de producción y se reproduce y refuerza en todos los ámbitos. El rigorismo de la penalidad está muy lejos de ser injustificado: es una consecuencia necesaria de que las leyes e instituciones penales se inserten en el sistema de formas ideológicas que expresan y perpetúan el poder capitalista.

#### **4- La tesis foucaultiana**

No puede perderse de vista que el contexto de surgimiento de la prisión como forma de castigo generalizado se sitúa en los inicios del capitalismo de occidente, contexto en el cual las formas de ejercicio de poder tradicionales dejan de ser funcionales en orden al nuevo contexto socioeconómico que surge, dando lugar a la disciplina y la biopolítica como nuevas formas de ejercicio del poder. En el caso de la disciplina la prisión es uno de los reductos donde mejor se observan las características de un tipo de poder que circula por todo el espacio social. Esta perspectiva centra también su mirada en las funciones sociales de la pena de prisión, en su contexto, en oposición a sus objetivos declarados, siendo las primeras las que podrían brindar una explicación sociológica del fenómeno, mientras que las últimas resultarán siempre en una mera justificación simbólica<sup>511</sup>.

Para FOUCAULT, la pena de prisión se encuentra estrechamente vinculada al nacimiento y desarrollo de las sociedades disciplinarias. La prisión no sería más que un instrumento más de disciplinamiento. Veamos.

Aparecen, según FOUCAULT, al margen de la Justicia, una serie de “poderes laterales, y toda una red de instituciones de vigilancia y corrección, tales como la policía para la vigilancia, y las instituciones psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas y

---

<sup>509</sup> PASUKANIS, E.G. : Op. Cit. pg 177

<sup>510</sup> Vid. GARLAND, D.: Op. Cit., pg. 146

<sup>511</sup> Vid. al respecto: CORONADO. D: “Socialización y violencia” en *Memorias Congreso Alas*, Universidad de La Matanza, Bs. As, 2006.

pedagógicas como instituciones correctivas. Es así, que se desarrolla en el siglo XIX, alrededor de la institución judicial, y para permitirle asumir la función de control de los individuos a nivel de su peligrosidad, una gigantesca maquinaria de instituciones que contendrán a éstos a lo largo de su existencia, se trata de una forma de poder, un tipo de sociedad, llamado sociedad disciplinaria. “Es la edad del control social”<sup>512</sup>.

Las otras instancias de control no son más que el esqueleto sobre el que descansa la sociedad, llámense, familia, escuela, formación profesional, etc. cuya función es “socializar”, “insertar en la sociedad”, “educar para vivir en sociedad”.

La vigilancia, así, es continua, permanente, a lo que debemos agregar, un saber que no se caracteriza por determinar si algo ocurrió o no, “sino que trata de verificar si el individuo se conduce o no como debe, si cumple las reglas, si progresa, o no, etc. Este nuevo saber se organiza alrededor de la norma, a establecer qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué es correcto, qué se debe hacer y qué no”. Se organiza así el poder, quién vigila ejerce poder sobre el que vigila y puede constituir sobre él mismo un saber: Un saber de vigilancia<sup>513</sup>. Pero veamos cómo elabora FOUCAULT esta relación entre la disciplina y el poder, qué significaciones tienen estos conceptos para el autor francés.

#### **4.1- El poder y la disciplina**

En la concepción foucaultiana del poder, éste se ejerce de manera “microfísica”, cada modelo disciplinante se ejerce bajo esa técnica, que es la que permite precisamente esa vigilancia a la que venimos haciendo referencia, así, el poder para FOUCAULT, no se posee, el poder funciona<sup>514</sup>. No es una propiedad, no es una cosa, no se toma, no se conquista, sino que es una estrategia. No es unívoco, no siempre es igual, no se ejerce siempre de la misma manera, ni tiene una continuidad, sino que es la condensación de redes estratégicas complejas, que hay que seguir al detalle (microfísica). El poder no está localizado, sino que es un efecto de conjunto que penetra todas las manifestaciones

---

<sup>512</sup> FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Siglo XXI, México, pg.98

<sup>513</sup> FOUCAULT, M.: *La verdad...* Op. Cit, pg. 100

<sup>514</sup> Vid. FOUCAULT, M.: *Estrategias del Poder*, Traducción de ALVAREZ URÍA, J. y VAREA, J., Ed. Paidós, Bs. As; Vid. también: FOUCAULT, M.: *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*; Ed Alianza, Madrid; 1997; FOUCAULT, M.: *El dominio del poder*, Ed Ariel, Madrid, 1999

sociales<sup>515</sup>, y genera las sociedades disciplinarias: sociedades modernas a partir del siglo XVIII.

Ha sostenido ORTIZ ORELLANO, en referencia a esta idea sobre el poder foucaultiano que éste “No está subordinado a unas estructuras económicas, sino que las relaciones de poder engloban a determinadas estructuras económicas. Pero sobre todo no actúa por represión, en contra de la visión tradicional del poder que lo muestra como una fuerza exterior que se ejerce de una manera negativa, que dice no, que prohíbe que reprime sobre un “sujeto pleno”. Sino que actúa por normalización y no se limita a la prohibición, sino por el contrario produce sujetos. El Poder no se expresa ni está prioritariamente en la ley, ésa es la concepción jurídica del poder, si sólo estuviera en ley sería un poder sin gran poder de sujetación (...) poco poder sería”<sup>516</sup>.

La disciplina, en este marco, es entonces una técnica de ejercicio del poder que no fue totalmente inventada, sino elaborada en sus principios fundamentales, durante el siglo XVIII. “La creación de grandes talleres, la necesidad de aprovechar al máximo la mano de obra y la creación de espacios que permitan a los cuerpos humanos individualizarse y explotarse de la manera más eficaz posible, es decir, que garantice una clasificación y combinación eficiente de los diferentes individuos que trabajan en una fábrica, en el ejército, que asisten a la escuela o son atendidos en un hospital entre otros espacios biopolíticos. La disciplina, en esos espacios, es vigilancia sobre el desenvolvimiento de los individuos<sup>517</sup> encierra ella misma una vigilancia perpetua y constante de los institucionalizados. No basta con observarlos de vez en cuando, o de ver si lo que se

---

<sup>515</sup> Este poder, por otra parte, no se aplica pura y simplemente como una obligación o una prohibición, a quienes “no lo tienen”; los invade, pasa por ellos. El concepto de poder para FOUCAULT no se queda en la distinción de “quienes lo tienen” y de los que “no lo tienen; porque como él muy bien lo explica, el poder no es una propiedad, es decir, no es algo de la exclusividad de una persona o de un grupo determinado. El poder pasa por nosotros, nos invade, nos toca, somos objeto del poder, y es nuestro deber participar de esas relaciones de poder, así sea para dejar hacer o deshacer”. Este planteamiento es muy importante porque replantea la identificación del poder con la prohibición, la obligación, el rechazo, la represión, lo oculto y lo negativo; involucrando al mismo hombre en la responsabilidad de esa aceptación de aquello que se prohíbe u obliga. Tenemos pues que el poder no está en ningún momento por fuera del cuerpo, por fuera del hombre, es más, es responsabilidad ineludible del hombre en el ejercicio del poder. Vid. FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit, pg. 33 y sgs.

<sup>516</sup> ORTIZ ORELLANO, E.: “Michel Foucault, Sociedades Disciplinarias y de Control, Realidad Omnisciente”, en *Revista de Estudios Políticos*, México, 2008, pg 56

<sup>517</sup> La disciplina no puede identificarse ni con una institución ni con un aparato. Es un tipo de poder, una modalidad para ejercerlo, implicando todo un conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimientos, de niveles de aplicación, de metas; es una Física o una "anatomía" del poder, una tecnología. Cfr. FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit, pg. 218

hicieron se ajusta a las reglas. Es preciso vigilarlos durante todo el tiempo y someterlos a una pirámide constante de vigilantes”<sup>518</sup>.

La disciplina, en ese contexto, también es poder de individualización, cuyo instrumento fundamental estriba en el examen y la vigilancia clasificadora, que permite distribuir a los individuos, juzgarlos, medirlos, localizarlos y, por lo tanto, utilizarlos al máximo. A través del examen, la individualidad se convierte en un elemento para el ejercicio del poder<sup>519</sup>.

Uno de los principales desplazamientos operados por FOUCAULT en su indagación del poder, fue aquel orientado a bloquear su identificación conceptual con el derecho en pos de una consideración del mismo, realizada en términos tecnológicos. Bajo estas condiciones, el poder en estrecha correlación con cierto tipo de saberes, se orienta hacia la disposición de las fuerzas por la vía del agenciamiento de las afecciones que las vinculan unas con otras. En términos muy generales, estas correlaciones que se traducen en tecnologías de poder, pueden ser clasificadas en tres grandes grupos: a) las tecnologías de legitimación destinadas a producir un cierto valor y una cierta significación en el gobierno de las afecciones (soberanía y biopoder); 2) las tecnologías anatomo-políticas orientadas a la constitución de individuos dóciles y productivos (disciplinas); y 3) las tecnologías bio-políticas dirigidas a la gestión de cuerpos poblacionales vivos y productivos<sup>520</sup>.

Ahora bien, AGAMBEN, nos dice que la gobernabilidad disciplinaria encontraba la condición y el despliegue de su ejercicio en la reclusión institucional de los procesos de subjetivación y su subordinación a operaciones de moldeado, esto es, a operaciones de información de la materia humana orientadas a constituir cada vez una forma definitiva<sup>521</sup>. El problema residía, afirma el autor citado, en que, aplicada a gran escala, esta forma de gobierno de la subjetividad tendía a producir todo lo contrario de lo que pretendía: un conjunto de subjetividades que no sólo se rebelaban contra las condiciones de su producción sino que además resultaban ser expertas en el enfrentamiento a las técnicas de encierro. En cierta forma, fue esta producción de una multitud excedente de subjetivación posicionada afuera —esto es, en medio— de las grillas de la clasificación

---

<sup>518</sup> FOUCAULT, M., *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*, Traducción PONS, H. Fondo de Cultura Económica, México, 2006, pg. 219

<sup>519</sup> ORTIZ ORELLANO, E.: Op. Cit, pg 58

<sup>520</sup> GALLEGOS, M F.: *Biopolítica y Poder*, III Jornadas de Filosofía Política, Universidad del Salvador. Bs. As Inédito.

<sup>521</sup> AGAMBEN, G.: *Metropolis.*, Conferencia pronunciada en el seminario “Metropoli/Moltitudine” Uninomade, Venecia, 2006. Inédita



disciplinaria, una multitud de subjetivación que no sólo no resultaba aprovechable sino que amenazaba la propia existencia de la gobernabilidad disciplinaria, aquello que forzó el interés por priorizar las tecnologías de regulación o lo que es lo mismo, la instauración de una gubernamentalidad articulada principalmente en torno a la gestión de los procesos de subjetivación<sup>522</sup>, capaz de capturar subjetividades a cielo abierto y de someterlas a operaciones continuas de modulación. Bajo estas nuevas condiciones, la información de la materia humana dejó de orientarse hacia la producción de una forma final de sujeto para constituirse en una especie de atribución de forma sin fin, cuyo principal efecto es la deformación de toda subjetividad y que garantiza el gobierno de lo social en tanto hace posible que no se constituya nada<sup>523</sup>.

La norma, en consecuencia y como ejercicio de ese poder, es lo que puede aplicarse tanto a un cuerpo que se quiere disciplinar cuanto a una población que se quiere regularizar. “La sociedad de normalización no es, en estas condiciones, una especie de sociedad disciplinaria generalizada, cuyas instituciones disciplinarias habrían colonizado y finalmente recubierto todo el espacio. Ésta es sólo una primera e insuficiente interpretación de la idea de sociedad de normalización. La sociedad de normalización es una sociedad en la que se cruzan, la norma de la disciplina y la norma de la regulación”<sup>524</sup>.

De este modo sugería FOUCAULT la correspondencia entre el proyecto de escribir una historia del orden de las cosas (que lleva al apareamiento de las “ciencias humanas”) y el proyecto de escribir una historia, que es la correspondencia que en el nivel del objeto se da entre la constitución de lo Mismo y la constitución de lo Otro. Si es acertada la representación del hospital y de la prisión como instituciones fundadas en una misma técnica disciplinaria, entonces cobra fuerza la hipótesis de que la pena de privación de libertad también funciona excluyendo y encerrando “lo Otro”<sup>525</sup>.

Entonces, lo Otro – lo que, para una cultura, es a la vez interior y extraño- debe excluirse (para conjurar un peligro interior), pero encerrándolo (para reducir la alteridad)<sup>526</sup>

---

<sup>522</sup> La subjetivación es un modo de relación del sujeto consigo mismo, que Hegel denomina subjetivación, Vid: HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Taurus, Madrid, 1989

<sup>523</sup> AGAMBEN, G.: *Metropolis...* Op. Cit.

<sup>524</sup> FOUCAULT, M.: Defender la Sociedad, clase del 17 de Marzo de 1976 en el College de France.

<sup>525</sup> MAÑALICH, J.P.: “Pena y ciudadanía”, en *Revista de estudios de justicia*, Santiago de Chile, 2005,

pg. 63

<sup>526</sup> FOUCAULT, M.: *Las palabras y las cosas*, Ed. Siglo XXI, Bs. As. 1968, pg. 9

## 5.2- El panóptico

Según FOUCAULT, cualquier institución social tiene una parte de control, desde formas sutiles como la del ejemplo de los medios de comunicación social, la familia, la “educación”, (escuela, métodos pedagógicos, el control de los textos), la psiquiatría, etc. Instituciones todas que edifican la compleja trama en la que nos encontramos inmersos, que BENTHAM denominó como sociedades panópticas y que, en este punto, emerge como referencia ineludible para poder avanzar sobre la prisión, desde la visión foucaultiana.

“El panóptico era un sitio en forma de anillo en el medio del cual había un patio con una torre en el centro. El anillo estaba dividido en pequeñas celdas que daban al interior y al exterior y en cada una de esas pequeñas celdas había según los objetivos de la institución, un niño aprendiendo a escribir, un obrero trabajando, un prisionero, expiando sus culpas, un loco actualizando su locura, etc. En la torre central había un vigilante y como cada celda daba al mismo tiempo al exterior y al interior, la mirada del vigilante podía atravesar la celda; en ella no había ningún punto de sombra y, por consiguiente, todo lo que el individuo hacía estaba expuesto a la mirada de un vigilante que observaba a través de persianas, postigos semicerrados, de tal modo que podía ver todo sin que nadie a la vez pudiera verlo. Esta argucia arquitectónica podía ser empleada para todo tipo de instituciones, en el panóptico ya no hay más indagación sino vigilancia”<sup>527</sup>. Este sistema arquitectónico es aplicable tanto a una fábrica, como a una escuela, como a un hospital, a un psiquiátrico, a una prisión. FOUCAULT las denomina instituciones de secuestro, porque se apropian del tiempo y del cuerpo de los individuos, en las que se genera ese micropoder al que hemos hecho referencia supra.

En primer lugar, crea un escenario de observación de los sujetos que permite su individualización. La separación entre los individuos permite un conocimiento pleno de los sujetos, un conocimiento no sólo de su conducta en las distintas áreas de su vida, sino también de sus disposiciones internas, es decir, un conocimiento de su alma. De este modo, el individuo se encuentra absolutamente desnudo frente al sistema, pero no desprotegido. En segundo lugar, permite ejercer influencia sobre la conducta y disposiciones internas de los individuos<sup>528</sup>.

---

<sup>527</sup> FOUCAULT, M.: *La verdad...* Op. Cit 83

<sup>528</sup> Vid. al respecto: BENTHAM, J.: *El Panóptico*, Ed. El Foro, Buenos Aires 2005; también: *Obras selectas*, Ed. Librería el Foro, Buenos Aires, 2007.

El panóptico no sólo permite conocer a los individuos, sino también modificarlos y determinarlos según las necesidades y expectativas sociales. En este sentido, el panóptico es un lugar, no solo de observación sino de experimentación<sup>529</sup>. Esta determinación sobre la conducta y disposiciones internas de los individuos tiene las siguientes manifestaciones, afirma BENTHAM:

1) Se evita la formación de las masas que impiden el ejercicio del poder. Esto es posible en la medida en que cada individuo (el loco, el enfermo, el prisionero, etc) se encuentra en su celda, la cual puede ser observada en cualquier momento por el vigilante; es decir, al mismo tiempo que el individuo puede ser observado, éste no puede entrar en contacto con los demás ni comunicarse con ellos. Esto constituye una garantía del orden. Por ejemplo, si se trata de condenados, se evita el complot, la evasión colectiva, proyectos de nuevos delitos, influencia negativa entre los condenados, etc. Si se tratara de enfermos, se evita el contagio y la propagación de las enfermedades. Si se trata de locos, se evita cualquier tipo de prácticas violentas entre estos. Si se trata de estudiantes, se evita la trampa y el fraude, el desorden, el ruido y las revoluciones en contra del sistema. Si se trata de trabajadores, se evitan los conflictos que suelen surgir entre éstos y que van en detrimento de la calidad y efectividad en el trabajo.

2) Se logra que en cada individuo exista una conciencia de que es vigilado, con lo cual se garantiza la eficiencia del ejercicio del poder, aunque de hecho se vigile a cada individuo todo el tiempo. Esto es posible en la medida en que el poder es visible, e inverificable: Visible en la medida en que el individuo observa la torre desde la cual se le vigila aunque sabe que en cualquier momento puede serlo. En este sentido puede afirmarse que el sistema panóptico, tiene una influencia real en la conducta de los individuos a partir de una relación parcialmente ficticia. Este hecho hace que el uso de la fuerza y de la violencia sea innecesario, pues, el hecho de que los individuos se encuentren vigilados todo el tiempo, hace que estos actúen según los imperativos sociales sin percatarse de la coacción que se ejerce sobre ellos; se trata entonces de un poder que se ejerce de forma imperceptible y que logra que los individuos actúen espontáneamente<sup>530</sup>.

---

<sup>529</sup> ANGEL ARBOLEDA, A.M.: “El Panóptico de Bentham” en *Revista de Filosofía Jurídica*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2005, pg 35

<sup>530</sup> Creemos que en verdad, más que ante un diseño arquitectónico nos encontramos ante un nuevo dimensionamiento o configuración del ejercicio del poder, un ejercicio omnipresente, que todo lo abarca, desde los espacios microfísicos, Un ejercicio de poder continuo, sin fisuras, lo que permite una vigilancia impregnada de visibilidad.

3) En tercer lugar, automatiza y desvirtualiza el ejercicio del poder. En efecto, el sistema tiene efectividad, no tanto por la actuación de una o más personas determinadas, sino por el mecanismo que se establece. El factor determinante para el funcionamiento del poder, no es tanto la capacidad de algunos individuos de controlar a los demás sin el engranaje que se establece y que cualquiera puede poner en movimiento. De alguna manera, el ejercicio del poder ya no tiene una autoría, sino que es anónimo; y es esto mismo lo que se imprime al sistema una mayor efectividad: En efecto, en la medida en que cualquier individuo es vigilante, las personas actúan como si fuesen vigiladas todo el tiempo, aunque de hecho esto no sea así.

4) En cuarto lugar, permite el control de los propios controles del sistema. En la medida en que no existe un único sujeto que se encargue de la vigilancia, y en que los vigilantes son a su vez vigilados, se logra un control de los mecanismos con los cuales opera el sistema.

En definitiva, el sistema del panóptico logra una mayor economía en el ejercicio del poder, puesto que a un bajo costo, se obtienen unos resultados profundos y permanentes sobre los individuos sobre los cuales se ejerce el control y vigilancia<sup>531</sup>.

El poder invisible, de este modo, es más eficaz que el poder que se ejerce a través de la fuerza física: Por ello, el poder externo puede aligerar su peso físico; tiende a lo incorpóreo, y cuanto más se acerca a este límite, más constantes, más profundos, adquiridos de una vez para siempre, e incesantemente prolongados serán sus efectos: Perpetua victoria que evita todo enfrentamiento físico y que siempre se juega de antemano<sup>532</sup>.

El panoptismo, según FOUCAULT, tiene en definitiva, tres instancias: vigilancia, control y corrección. Así la fábrica, la escuela o la prisión tendrán por objeto ligar al individuo al proceso de producción, formación o corrección de los productores que habrá de garantizar la producción y a sus ejecutores en función de una determinada norma.

El pensamiento panóptico de BENTHAM tuvo sin dudas una gran recepción en la Inglaterra de esos tiempos, debido a la explosión productiva y a la analogía imperante entre fábrica y prisión.

#### **4.3- Descarte y normalización**

---

<sup>531</sup> ANGEL ARBOLEDA, A.M.: Op. Cit, pg 35

<sup>532</sup> FOUCAULT, M.: *Microfísica...* Op. Cit. pg. 45

Lo que a partir del siglo XVIII se hará, es aplicar al espacio de expulsión, las técnicas de poder propias del modelo disciplinario, se encierra así, al leproso, al mendigo o al loco, es decir a todo aquel que esté estigmatizado. Estos espacios se caracterizan por la utilización de las técnicas de vigilancia y registro, que intentan, mediante ese proceso disciplinario, individualizar a los marginados<sup>533</sup>, así el hospital, el manicomio, la escuela, el correccional, la prisión, funcionan con la doble lógica: una que divide en dos grupos normal-anormal, loco –cuerdo, enfermo –sano, y la lógica individualizante diferencial que trata de saber quién es, cómo vigilarlo, cómo reconocerlo, de dónde proviene, qué plan de vida imponerle, cómo hay que curarlo, etc. Las instituciones de encierro del siglo XVIII tenían por finalidad marginar, en cambio, el secuestro del siglo XIX tenía por finalidad la inclusión y la normalización. Estos modelos en la práctica no son incompatibles, sino todo lo contrario, son superponibles y combinables. Así, la fábrica no excluye a los individuos, los liga al aparato de producción, la escuela los fija al aparato de transmisión del saber, la prisión como el psiquiátrico, corrigen y normalizan<sup>534</sup>. El individuo es entonces, objeto de control, de vigilancia, de manera evidente y trágica si se quiere o de manera más sutil, pero es al mismo tiempo, objeto de “secuestro”.

En estas sociedades panópticas surge el sistema penal<sup>535</sup> como el control social por excelencia, “el control social punitivo institucionalizado”<sup>536</sup>, con un abanico de sanciones ante la comisión de una conducta delictiva, en este contexto, para FOUCAULT, en una primera instancia aparece la deportación, luego el trabajo forzado, la vergüenza, el escándalo público y la ley del talión: La deportación, sostiene el autor francés, desapareció rápidamente, el trabajo forzado quedó en general como una pena simbólica de reparación, los mecanismos de escándalo nunca llegaron a ponerse en

---

<sup>533</sup> FOUCAULT se dedicó al estudio de la objetivación del sujeto en lo que llama prácticas escindentes, es decir, prácticas en las que el sujeto es dividido en el interior de sí mismo o dividido de los otros. Esa partición gestadora de subjetividades (loco, enfermo, sano, buen ciudadano) expone la situación de los cuerpos bajo las prácticas de anátomo-poder y biopoder con las que la sociedad moderna construyó cuerpos para el trabajo mediante técnicas y procedimientos destinados a dirigir la conducta de los individuos. Vid. PAPONI, S.: “Cuerpo y Subjetivación en la biopolítica actual” en *Revista de la Facultad de Filosofía* de la UNCo, Córdoba, 2007, pgs. 249 y sgs.

<sup>534</sup> PAPONI, S.: Op. Cit, pg. 270

<sup>535</sup> Al hacer referencia a “sistema penal”, se alude a todo el entramado penal, es decir, al que comprende desde la legislación penal, la policía, hasta el aparato judicial y la prisión.

<sup>536</sup> La ideología de la pena se concebía en los siglos XVIII y XIX como un entrenamiento mediante un control estricto de la conducta del penado. “Esta ideología se extenderá y reformulará por parte de los diversos creadores de regímenes y sistemas progresivos, pero en el fondo seguirá siendo la misma: vigilancia, arrepentimiento, aprendizaje, moralización”. Vid. FOUCAULT, M.: *La verdad...* Op. Cit, pg. 103

práctica, la pena del talión desapareció con rapidez y fue denunciada como arcaica por una sociedad que creía haberse desarrollado suficientemente<sup>537</sup>. Las penalidades a las que hacía referencia FOUCAULT con anterioridad a la aparición de la prisión, tenían una finalidad retributiva, a diferencia de la pena de prisión, cuya finalidad es “correctiva”, ésta idea, nos dice, no aparece en el universo del derecho, sino en sus márgenes, como una idea “parajudicial”, como una “práctica” de los controles sociales o un sistema de intercambio entre la demanda del grupo y el ejercicio del poder.

Desde el cuerpo supliciado, mutilado, torturado, marcado, expuesto vivo o muerto, ofrecido en espectáculo, ha dicho FOUCAULT, que se ha transcurrido en la historia de las penas del “cuerpo como blanco de la expresión penal”, al castigo que se formula como “un grito del corazón o de la naturaleza indignada”, hasta que el hombre descubierto en criminal se convierte en el blanco de la intervención penal, en el objeto que se pretende corregir y transformar<sup>538</sup>.

Esta nueva etapa se inicia, para FOUCAULT, con la revolución francesa y norteamericana, y la consecuente “humanización” del sistema punitivo. La pena privativa de libertad aparece entonces, como una derivación lógica de la limitación y posterior abolición en algunos lugares de la pena de muerte, aún cuando ésta se muestre como un logro de los reformistas de ideología liberal clásica, como HOWARD, BECCARIA, MARAT, BENTHAM, etc. En palabras de FOUCAULT, es como si el siglo XVIII hubiera abierto el problema de la “economía de los castigos” y la ley fundamental de que de los castigos deben tener una medida, es decir un límite.

Hay en el fondo, un tránsito del castigo suplicio- producto de la monarquía, que en época republicana ya no deviene del soberano monarca que detenta el poder de origen y naturaleza divina- al castigo que impone la sociedad conformada de acuerdo a las previsiones del pacto social, el soberano es el pueblo. Como dijera FOUCAULT, hay una mutación técnica<sup>539</sup>.

Se origina, en consecuencia, una transformación del castigo, el escenario público puesto de manifiesto para ostentar el poder del monarca que se constituía en una “fiesta” sangrienta de la que participaba la plebe, a un escenario oculto detrás de los muros de una prisión. Ya no se castiga el cuerpo, se castiga el alma. Allí, tras los muros, es ése nuevo sujeto, el criminal que se ha apartado del contrato, que ha roto el pacto, el que

---

<sup>537</sup> FOUCAULT, M.: *La verdad...* Op. Cit, pg. 104

<sup>538</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit. pg 78

<sup>539</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit, pg 261

debe “disciplinarse”. Se trata de un paso de las “sociedades soberanas” a las “sociedades disciplinarias” y este paso, en verdad, no constituye un avance, pues tal transición se produce como consecuencia de la necesidad estructural de la nueva división del trabajo y del mercado<sup>540</sup>, puesto que el Estado liberal nacerá con el proyecto liberal-burgués de un nuevo orden económico y político. En este Estado moderno se castiga si se tiene poder de castigar y ese poder de castigar es apropiado precisamente por el nuevo Estado, por el nuevo soberano que se constituye en el nuevo “legitimado” para hacerlo<sup>541</sup>.

Y si las constituciones republicanas dicen que la libertad es el valor más importante del hombre, la privación de la misma será entonces la representación del disciplinamiento: “Las luces que descubrieron las libertades también inventaron las disciplinas”<sup>542</sup>. En palabras de FOUCAULT, “(...) la prisión, con toda la tecnología correctiva de que va acompañada, hay que colocarla aquí: en el punto en que se realiza la torsión del poder codificado de castigar, en un poder disciplinario de vigilar”<sup>543</sup>.

Bien. Hemos analizado a la pena de prisión desde las distintas concepciones que le dan fundamento, sin duda es el corolario de una serie de sucesos que le han ido marcando su contenido y significado, el análisis que hemos hecho hasta aquí, así lo confirma, la pena de prisión no puede entonces ser analizada sin una vista retrospectiva sobre el contexto social, histórico, político, económico de cada época.

Es que la cuestión de fondo no ha variado, y esto porque siguiendo a PEGORARO decimos que la pena de prisión “(...) ha sido acompañada de una liturgia de solemnidad, un ritual que expresa jerarquías y que le otorga distancia de los “contendientes” y en especial la fuerza de un imaginario colectivo acerca de un enemigo social sobre el que la sociedad toda reclamará que se castigue. Esta “transferencia” a la sociedad de la voluntad de castigar, esta legitimidad del castigo es un objetivo siempre a la mano y a la vez inalcanzable de manera definitiva: continuamente el poder tiene que alimentar, abonar y justificar su política de castigos porque la interpretación de interés general o

---

<sup>540</sup> PEGORARO, J: Op. Cit, pg 25.

<sup>541</sup> Hacía falta levantar un gran edificio jurídico. La compulsiva producción legislativa en el orden penal y penitenciario a lo largo del siglo XIX (en España sobre todo con el liberalismo isabelino) es un reflejo del interés burgués de crear un nuevo Estado, frente al modelo absolutista, frente a los intereses populares y las que prontamente (incluso por los nuevos saberes y técnicas criminológicas) fueron llamadas “clases peligrosas” Vid. OLIVER OLMO, P.: Op. Cit, pg. 14

<sup>542</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit, pg. 222

<sup>543</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit, pg. 189

del bien común presente en ese imaginario, contiene también deseos de equidad, de igualdad, de felicidad”<sup>544</sup>.

Ya FOUCAULT ha señalado el papel que la pena de prisión desempeña en esa construcción de la sociedad disciplinaria. La prisión entonces, antes que “resocializar”, cristaliza al delincuente como ‘delincuente’, para que su ejemplo negativo induzca a la sumisión (es decir, respeto a la propiedad y a la jerarquía social que ella establece), para disciplinarlo y normalizarlo.

La pena de prisión cumple entonces con una función social de “protección” de la seguridad ciudadana, utilizada como instrumento de afianzamiento, como lo ha sostenido GARCÍA MÉNDEZ, reconstruye una función simbólica que reconfirma en cada ejecución el poder del Estado<sup>545</sup>. Creemos que, la pena de prisión es uno de los últimos bastiones, a inicios del siglo XXI, que patentizan, confirman, aseguran, el “poder estatal” desdibujado en las redes de la globalización de las sociedades contemporáneas.

---

<sup>544</sup> PEGORARO, J.S.: Op. Cit. pg 22

<sup>545</sup> GARCÍA MÉNDEZ, E.: *Bases para la reconstrucción de la pena privativa de libertad*, Ed. Ad-Hoc, Bs As 2005,pg. 6



## CAPITULO IV

### IDEOLOGÍA DEL TRATAMIENTO

#### 1- Umbrales de la ideología del tratamiento

El concepto de tratamiento sin duda se encuentra vinculado a la idea de “enfermedad”, a la concepción del delincuente como un ser deficiente, al que hay que tratar, aplicando medidas de profilaxis criminal y tratamiento de rehabilitación físico-psicosomática, social, ética, educacional y moral.

La anomalía del autor, en ese contexto, será la fuente del delito, por lo tanto no se va a retribuir con la pena una acción libre reprochable moralmente, sino a remediar un comportamiento contrario a la seguridad de la sociedad<sup>546</sup>. Surge así, la necesidad de la profilaxis de los “degenerados”, que son titulares de acciones desviadas, cuestión que requiere de una acción terapéutica para normalizar a esos seres “enfermos”, y coherente con la creencia de que ante la inferioridad del delincuente debía aplicarse un tratamiento que podría ser indefinido en el tiempo, admitiendo, por supuesto, la pena de muerte, cuando quien había cometido un delito era lisa y llanamente “irrecuperable”. Esta tendencia, como lo sostiene el Profesor de la Universidad de Santa Fe, SOZZO, se fortaleció a partir del nacimiento de la “antropología criminal” y la “criminología”, desde el último cuarto del siglo XIX en adelante. Esta observación constante se presume que debe producir un conocimiento “científico”, un “diagnóstico” para la toma de decisiones acerca de cómo “tratar” al preso para lograr su rehabilitación<sup>547</sup>.

Las ideas iniciales del “tratamiento penitenciario”, en la primera mitad del siglo XIX, se moldearon en torno a la idea del “tratamiento moral” en los institutos manicomiales, así ha dicho FOUCAULT en *Historia de la locura*: “(...) en ciertos establecimientos no se reciben locos más que en la medida en que son teóricamente curables; en otros, no se les recibe más que para librarse de ellos o para enmendarlos. Sin duda, los primeros son los menos numerosos y los más limitados; hay menos de 80 locos en el Hôtel-Dieu; hay varios cientos, quizás un millar, en el Hospital General. Pero por muy desequilibradas que puedan estar en su extensión y su importancia numérica, esas dos experiencias tienen, cada una, su individualidad. La experiencia de la locura como enfermedad, por

---

<sup>546</sup> ANZIT GUERRERO, R.: *La sociedad y el delito*, Ed. Universidad del Salvador, Bs. As. 2005

<sup>547</sup> SOZZO, M.: “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo, “prisión-depósito” en la Argentina”. En *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N°1, Quito, 2007, pg. 92

limitada que sea, no puede negarse. Ella es paradójicamente contemporánea de otra experiencia en que la locura proviene del internamiento, del castigo, de la corrección”<sup>548</sup>. En la obra de mención, FOUCAULT hace alusión a la mezcla de locos y presos sometidos al mismo régimen<sup>549</sup>. El internamiento, según FOUCAULT, estaba destinado a corregir, y por supuesto a procurar el arrepentimiento. El internamiento iba de la mano con el tratamiento, que confunde bajo un mismo calificativo tanto al enfermo como al criminal: “(...) a donde apunta es a una especie de región indiferenciada del desorden, desorden de la conducta y del corazón, desorden de las costumbres y del espíritu, todo el dominio oscuro de una rabia amenazante que parece al abrigo de toda condenación posible. Noción confusa para nosotros, quizá, pero suficientemente clara entonces para dictar el imperativo policíaco y moral del internamiento. Encerrar a alguien diciendo de él que es ‘furioso’, sin tener que precisar si es enfermo o criminal: he allí uno de los poderes que la razón clásica se ha dado a sí misma, en la experiencia que ha tenido de la sinrazón en el siglo XVIII”<sup>550</sup>.

Tanto “insanos” como “criminales” como males amenazantes, eran parte de esa noción confusa de la “sinrazón” a la que hacía mención FOUCAULT, que merecía el internamiento y la corrección.

Es menester tener presente el correccionalismo, que asimiló también la idea de “enfermedad” a las conductas delictivas. Hacia fines del siglo XVIII y principios del XIX comenzaría a vislumbrarse esta corriente que busca como finalidad primera la corrección y la enmienda del delincuente<sup>551</sup>.

DORADO MONTERO abogó por que a los anormales que transgredieran la ley se les aplicara un tratamiento, la pena era, para el Profesor de Salamanca, “un medio de domesticación, como en general toda obra educativa”<sup>552</sup>. El derecho penal debía dejar paso, como hemos visto ya, a una denominada medicina social y los jueces habrían de ser reemplazados por nuevos funcionarios que debían llamarse médicos sociales. “Dada la relación de las disposiciones psíquicas y la estructura corporal, DORADO MONTERO esperaba que la higiene, la cirugía, y en general las disciplinas médicas cooperaran en el porvenir a la reducción de los delincuentes (...) servicios todos ellos

---

<sup>548</sup> FOUCAULT, M.: *Historia...* Op. Cit, pg. 86

<sup>549</sup> Vid. FOUCAULT, M.: *Historia...* Op. Cit, pg. 85

<sup>550</sup> FOUCAULT, M.: *Historia...* Op. Cit, pg 98

<sup>551</sup> Cfr. SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo...* Op. Cit. pg 150

<sup>552</sup> DORADO MONTERO, P.: *Estudios de Derecho penal preventivo*; Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1901; ANTON ONECA, J.A.: *La utopía penal de Dorado Montero*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1950, pg. 71

que pretendían basar el tratamiento penitenciario sobre el estudio antropológico del penado y a la curación de tendencias criminales por tratamientos médicos quirúrgicos. También la justicia penal es una verdadera cura de almas y como toda cura de almas debe ser ejercida”<sup>553</sup>.

SANZ DELGADO nos dice que el positivismo constituirá la base de la fundamentación científica y filosófica de DORADO MONTERO. Sin embargo, la concreción penal de su pensamiento sigue fiel al correccionalismo, consiguiendo una armónica fusión de los postulados krausistas y positivistas. No obstante, uno de los méritos consistió, sin dudas, en haber sabido limar los afanes defensistas extremos del positivismo criminológico gracias a su enfoque humanitario y correccionalista”<sup>554</sup>. Es decir, DORADO MONTERO, encarna de alguna manera el equilibrio ideológico entre el positivismo criminológico y el correccionalismo, destinado a la enmienda del criminal, revestida de caridad.

LARDIZÁBAL, por su parte, sostenía que “La enmienda del delincuente es un objeto tan importante, que jamás debe perderla de vista el legislador en el establecimiento de las penas”<sup>555</sup>. La pena debía buscar corregir al delincuente para hacerlo mejor y para que no volviera a perjudicar a la sociedad<sup>556</sup>.

Para Concepción ARENAL el castigo debía moralizar, por ello, las reglas de la moral eran aplicables a la prisión como las de higiene a un hospital, su labor estaba dirigida hacia la “esperanza rehabilitadora” de los presos. La existencia de incorregibles no negaba la existencia de un castigo que debía necesariamente aleccionar moralmente. El delito entonces, era asimilable a una enfermedad, el delincuente por tanto un enfermo al que debía curarse. Hacia allí debía estar encaminado el tratamiento penitenciario, que consiste, entre otras cosas, en un medio de educación del penado a fin de que se arrepienta, o por lo menos se corrija, ya que parte de la necesidad de un régimen que sea bueno es intrínseco a una tendencia moralizadora y por tanto educadora<sup>557</sup>.

Como bien ha sostenido GÓMEZ BRAVO, aún no es propio hablar del término “resocializar” ya que es propio del siglo XX, corrección o regeneración son términos

---

<sup>553</sup> ANTON ONECA, J.A.: Op Cit, pg. 72

<sup>554</sup> SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo...* Op. Cit. pg. 49

<sup>555</sup> SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo...* Op. Cit, pg. 157

<sup>556</sup> Vid. LARDIZÁBAL, M.: *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes de España para facilitar su reforma*, 1828, Madrid, 1973.

<sup>557</sup> Vid. ARENAL, C.: *Cartas...* Op. Cit; GÓMEZ BRAVO, G.: “Educar o castigar: la lucha del reformismo penitenciario español en el siglo XIX y principios del siglo XX” en *Revista de Educación*, Madrid, 2006 pg. 611

más apropiados para definir el deber moral, la dimensión humana y el propósito de enmienda<sup>558</sup>.

Como vemos, el tratamiento dirigido a la enmienda y a la corrección del delincuente, del desviado, por motivos higienistas, morales, humanitarios, en definitiva desde uno u otro ángulo, se trata de un medio utilizado sobre un mismo objeto que viene a ser el hombre “desviado”, el díscolo, el marginado, a quien hay que volver a “adiestrar”, a “moralizar” y a normalizar. Tales ideas han estado siempre vinculadas a la idea de peligrosidad social y la necesidad del apartamiento.

### **1.1- La escuela del positivismo criminológico**

En los inicios del siglo XIX nace en Italia la que se ha denominado como “Escuela del positivismo criminológico” enmarcada dentro de la filosofía positivista, que entendía que la única guía del hombre era la razón científica. Si bien su origen moderno puede remontarse a BACON, su formulación organicista en el siglo XIX correspondió a COMTE en Francia, SPENCER en el Reino Unido, WARD en EE.UU. Los primeros conceptos de la nueva disciplina fueron elaborados de acuerdo con analogías orgánicas, tres de las cuales son fundamentales para la comprensión de esta corriente: el concepto teleológico de naturaleza, que implica la adopción de una postura fatalista, según la cual la predeterminación de las metas que han de alcanzarse impide cualquier intento para alterarlas; la idea de que la naturaleza, la sociedad y todos los demás conjuntos existentes pierden vida al ser analizados, lo cual lleva, en consecuencia, a la adopción de una actitud de *laissez-faire*; y la creencia de que la relación existente entre las diversas partes que componen la sociedad es semejante a la relación que guardan entre sí los órganos de un organismo vivo. Trasladada esta tesis al ámbito penal, se traducía en que la pena era un medio de defensa, el delincuente sin embargo, era el miembro enfermo que debía extirparse.

Como hemos visto ya, la teoría evolucionista de DARWIN tuvo influencia marcada dentro de esta corriente. Sostuvo en sus obras *El origen de las especies*, de 1859 y *La ascendencia del hombre*, de 1871, una teoría que consideraba que las especies fueron evolucionando mediante un proceso de selección natural, en el que las razas inferiores eran erradicadas por la raza superior. El crimen era, bajo esta influencia, la

---

<sup>558</sup> GÓMEZ BRAVO, G.: Op. Cit, pg. 598

manifestación de una inferioridad que no siempre podía corregirse (en tal caso se imponía eliminar o segregar definitivamente al portador). El grupo de poder era casi invulnerable a tales sanciones, pues su superioridad genética o biológica lo preservaba. Sólo por accidente podía resultar vulnerado alguno de sus integrantes. La pena estaba únicamente destinada a los sectores marginados, a la mano de obra barata, y no tenía otra medida que la requerida por el peligro que el sujeto representa para la sociedad (es decir, para el sector hegemónico)<sup>559</sup>.

Bajo la influencia de la escuela positiva, se llevó la prevención especial a su última consecuencia: Sus principales representantes fueron los italianos FERRI, LOMBROSO y GARÓFALO.

Se suele afirmar que la escuela positiva se inició con el libro del médico LOMBROSO: *El hombre delincuente*. El delito era una realidad biológica y social, si se quiere, una consecuencia natural. Estos autores centraban su atención en el hombre como un ser defectuoso biológicamente inferior, por tanto el delincuente era un enfermo o un inadaptado social objeto de medidas de seguridad<sup>560 561</sup>.

La escuela del positivismo criminológico, dirigió su atención al criminal, no al crimen y mucho menos a la posible configuración definitoria del delito a partir de la acción defensiva-reactiva de la sociedad. Esta óptica explicativa se mueve en el campo del determinismo (biológico) y la peligrosidad social del individuo, localizando las “causas” del fenómeno en el sujeto activo del delito; dicho enfoque asume que las razones causales son preexistentes a la reacción social represiva que se desata con la consumación delictiva<sup>562</sup>.

Cesare LOMBROSO concebía así, al delincuente como un fenómeno atávico<sup>563</sup>; aseguraba haber encontrado en el cráneo de un delincuente una peculiaridad anatómica

---

<sup>559</sup> ZAFFARONI, E. R.: *Manual de...* Op. Cit pg. 240

<sup>560</sup> SANZ DELGADO, E.: *El Humanitarismo...* Op. Cit pg. 30

<sup>561</sup> En 1872 GARÓFALO publica un libro que se llama *Memoria sobre los Manicomios Criminales*, dice allí que hay necesidad de que existan manicomios para criminales y que los locos no estén en las prisiones, si no que en instituciones especiales, pero también hay necesidad de que si los enfermos han cometido alguna conducta antisocial no se les mande con los demás sicóticos, porque son una amenaza, si no que existan manicomios especiales para criminales.

<sup>562</sup> GONZÁLEZ RODRIGUEZ, M.: *Análisis del control social desde una perspectiva histórica*, Universidad de la Habana, Cuba, 2004

<sup>563</sup> “Cesare LOMBROSO postulaba un modelo ideológico que partía de la premisa de la inferioridad biológica de los delincuentes centrales y de la totalidad de las poblaciones colonizadas o sea que eran biológicamente inferiores de modo análogo tanto los moradores de las instituciones de secuestro centrales (cárceles y manicomios) como los habitantes originarios de las inmensas instituciones de secuestro coloniales (sociedades incorporadas al proceso de actualización histórica): de allí la famosa teorización que postula la tan mentada analogía entre el criminal y el salvaje (colonizado), de la que tampoco se salvó el niño, ni el anciano por “regresivo”, ni la mujer por su menor capacidad de

propia de los homínidos no desarrollados-los monos- o del feto antes de alcanzar su completo desarrollo. Sostendría que las muestras del atraso evolutivo eran la clave para entender la delincuencia como un comportamiento anormal, pero totalmente común en el hombre o en el hombre prehistórico. El delincuente era un salto atrás en la evolución humana pregonada por DARWIN, un atavismo de esos tiempos que no había evolucionado<sup>564</sup>.

FERRI introduce el elemento social, pues la responsabilidad penal deriva para él del sólo hecho de vivir en sociedad, el fin del derecho es entonces, la defensa social. Afirmaba que todo hombre, en todos los casos y siempre, determina con cada una de sus acciones una reacción social y debe responder por ellas, por sus acciones<sup>565</sup>.

GARÓFALO a su tiempo, toma el atavismo de LOMBROSO con una variación psíquica y endógena, consideraba al delincuente fundamentalmente como un anormal psíquico. La pena de muerte, para este autor, era más piadosa que la prisión perpetua en el caso de los “irrecuperables”, así llegó a sostener que con una matanza en el campo de batalla la nación se defiende de sus peores enemigos exteriores y con una pena capital de sus enemigos interiores”<sup>566</sup>.

## 1.2) La peligrosidad

Debemos tener presente que el concepto de peligrosidad jugó un papel muy importante desde el último cuarto del siglo XIX, así es que la gran noción de la criminología y la penalidad de finales del siglo de mención fue este concepto, que se traduce en que el individuo debe ser considerado por la sociedad a nivel de sus virtualidades y no de sus actos; no al nivel de las infracciones efectivas, a una ley también efectiva sino de comportamientos que ellas representan, lo que significa asumir el control del individuo a nivel de su peligrosidad, es decir de “lo que pueden hacer, son capaces de hacer, están dispuestos a hacer o están a punto de hacer”<sup>567</sup> surgen así poderes laterales para su vigilancia y corrección<sup>568</sup>.

---

racionalidad “funcional” para la producción y de agresividad para la competencia violenta” Cfr.: ZAFFARONI, E. R.: *En busca...* Op. Cit. pg, 81

<sup>564</sup> ANITUA, G. I.: *Historia de los pensamientos criminológicos* Ed. del Puerto, Bs. As, 2005, pg 183

<sup>565</sup> MARTEAU, J. F.: *Las palabras del orden: proyecto republicano y cuestión criminal en argentina*. Ed. del Puerto, Bs As, 2003 pg, 119.

<sup>566</sup> GAROFALO, R.: *La Criminología*, Traducción, DORADO MONTERO, P, Ed. La España Moderna, Madrid, 1890, pg. 246

<sup>567</sup> En los sistemas disciplinarios, sin embargo, siempre hay algo irreductible, inasimilable, “por ende todo poder disciplinario tendrá sus márgenes y los delincuentes surgen como grupo inasimilable, irreductible a

La peligrosidad positivista, era, en palabras de ZAFFARONI, “un juicio policial administrativo que tenía por objeto el ejercicio arbitrario del poder punitivo sobre todos los que encajaban en el estereotipo criminal”<sup>569</sup>.

Así, la idea de peligrosidad, se encuentra ligada a la concepción del derecho penal de autor, es decir, aquel que sanciona no el acto sino el ser, o al acto como “manifestación de una forma de ser” y no podría ser de otra manera dentro de una concepción determinista. Como sostiene ZAFFARONI, “(...) el acto es el síntoma de una personalidad peligrosa, que es menester corregir como se corrige una máquina que funciona mal, sin embargo, “(...) hay una concepción de derecho penal de autor que es también derecho penal de culpabilidad y que como tal no niega la autonomía moral del hombre, aunque la lleva a su destrucción. Parte de la base de que la personalidad inclinada al delito se genera en la repetición de conductas que en un comienzo fueron libremente elegidas y por ende pretende que lo que se le reprocha al autor no es su acto sino la personalidad que ese acto devela, también pretende que lo prohibido es la personalidad. Cualquiera que sea la perspectiva desde la que se quiera fundar el derecho penal de autor, lo cierto es que un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral jamás puede penar el “ser” de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de la conducta humana. No se puede penar a un hombre por cómo ha elegido ser, sin que ello violente su ámbito de autodeterminación”<sup>570</sup>.

Lo cierto, es que las técnicas individualizadoras para la exclusión, utilizadas en el siglo XVIII y XIX, lo eran a partir del paradigma de la peligrosidad, de la amenaza; del leproso, pero también el mendigo, el vagabundo, el loco, el violento. Estas prácticas funcionaban de un doble modo: el de la división binaria y la marcación: loco-no loco; peligroso-inofensivo; normal-anormal<sup>571</sup>; y el de la asignación coercitiva, de la distribución diferencial, quién es, dónde debe estar, por qué caracterizarlo; cómo reconocerlo; cómo ejercer sobre él una vigilancia constante. La universalidad de los

---

partir de una disciplina policial. Una característica propia de los sistemas disciplinarios será la existencia de los ‘residuos’ que va a ocasionar desde luego la aparición de sistemas disciplinarios complementarios para poder recuperar a esos individuos y así hasta el infinito (...) tiene esa doble característica: exponer la anomia, lo irreductible y ser al mismo tiempo normalizador, inventar siempre nuevos sistemas de recuperación, restablecer siempre la regla.” FOUCAULT, M.: *El poder psiquiátrico* Ed. Fondo para la Cultura económica. México, 2005, pg. 76

<sup>568</sup> FOUCAULT, M.: *El poder...* Op. Cit, pg 98

<sup>569</sup> ZAFFARONI, E. R- ALGIA, A- SLOKAR, A.: Op. Cit pg. 659

<sup>570</sup> ZAFFARONI, E. R.: *Manual...* Op. Cit, pg. 73

<sup>571</sup> Podríamos agregar nosotros que esta dualidad en el siglo XXI se traduce en los opuestos: amigo (ciudadano)- enemigo (el distinto, el “otro”).

controles disciplinarios permite marcar quién es “el otro” y hacer jugar contra él los mecanismos dualistas de exclusión”<sup>572</sup>. En sus tropos típicos e invocaciones retóricas, este discurso político descansa sobre una concepción del hombre criminal, el otro extraño. Algunas veces de forma explícita, más frecuentemente a través de referencias indirectas, el problema se remonta a los comportamientos amorales y deliberados de delincuentes peligrosos, que normalmente pertenecen a grupos culturales y raciales que tiene pocas semejanzas con “nosotros”<sup>573</sup>.

Así, la determinación del grado de peligrosidad, (ya no la peligrosidad social como inclinación a la comisión de delitos sino el denominado estado de peligroso entendido como la calidad de sujeto amenazante, fuente permanente de ilícitos) es fundamental al momento de la disposición de los internos en los lugares de encierro, en el manicomio y en la prisión. Se sabe, además, que dichos niveles de peligrosidad pueden oscilar entre la mínima, la media y la máxima de acuerdo con la capacidad de readaptación, la inteligencia y los comportamientos externos e internos del penado, así como su interacción con el medio circundante y extramuros, los cuales deben ser mensurados con los instrumentos diseñados para ello. Esta calificación de la conducta es uno de los contrasentidos de la determinación de la peligrosidad: es un procedimiento temido y temible por todo lo que implica establecer una etiqueta a un ser humano<sup>574</sup>.

Esta concepción implica decisiones que se traducen en clasificar a los presos de acuerdo a criterios que han ido variando en el tiempo, otorgándoles un cierto destino espacial al interior de la prisión y prescribiéndoles o posibilitándoles la participación en ciertas actividades –de allí su intersección con la educación, la religión, el trabajo, la familia-. Esta clasificación se articula con una idea de progresión, muy importante, al menos desde la segunda mitad del siglo XIX, que toma al transcurso del tiempo como el pasaje entre fases diferentes del tratamiento hacia la corrección. A su vez, sobre todo desde fines del siglo XIX en adelante, el tratamiento se nutre de ciertas técnicas de intervenciones psiquiátricas o psicológicas de diverso tipo, destinadas a realizar la finalidad de la corrección. La observación, la clasificación y el tratamiento se encuentran, en tanto ensamble de discursos y prácticas, fuertemente entrelazado con la reglamentación, la vigilancia y la sanción<sup>575</sup>.

---

<sup>572</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit, pg. 203

<sup>573</sup> Vid al respecto: GARLAND, D.: *Castigo y sociedad moderna*, Ed. Siglo XXI, México, 1999

<sup>574</sup> DÍAZ AGUILAR, N. C.: *Inimputabilidad y peligrosidad en el derecho penal contemporáneo*, Ed. UNAM, México, 2008, pg. 105

<sup>575</sup> SOZZO, M.: Op. Cit, pg. 93



El proyecto normalizador-disciplinario-correctivo, correspondiente con la idea de “tratamiento”, siguiendo a SOZZO, podemos afirmar que se inscribe, en clave foucaultiana, en la emergencia de la “disciplina” como “tecnología de poder” desde los siglos XVII y XVIII, aún cuando sus filiaciones y procedencias se extiendan hacia la antigüedad y la edad media. Las disciplinas implican una determinada economía del poder: buscan hacer crecer las fuerzas sometidas y, al mismo tiempo, la fuerza y eficacia del que las somete. Para esto, el poder disciplinario distribuye espacialmente los cuerpos y organiza a su alrededor un campo de visibilidad que permite individualizarlos y clasificarlos. En este sentido, el sistema punitivo se enmarca en una “economía política” del cuerpo<sup>576</sup>: las relaciones de poder y de dominación “lo cercan, lo marcan, lo doman”.

Ahora bien, la ideología del tratamiento, al mismo tiempo, ya en el siglo XX adhiere, se transforma, se adecua a la concepción de sociedad disciplinaria y por tanto, como comprobamos, a los dispositivos de encierro. Podemos decir, siguiendo a GUZMÁN DALBORA, que no es más que una forma más refinada y moderna de la vieja aspiración de imprimir al encierro, y concretamente a la pena de prisión, el sentido de reeducar a los penados, o sea, de prescribirles, mediante una pena, entendida como bálsamo para un alma infecta, un cierto número de virtudes que el Estado se siente en el legítimo derecho de imponer para reconstruir una personalidad vista como desmejorada e incompleta, y cuya reforma se busca con vehemencia<sup>577</sup>.

## **2-Tratamiento penitenciario y resocialización**

Primeramente deberemos indagar sobre el concepto de socialización. Veamos:

La socialización es aquel proceso mediante el cual una persona se integra a la sociedad aceptando sus pautas culturales de comportamiento. Hay dos instancias de socialización, la primaria, desde el nacimiento y durante la niñez, y la secundaria a través de procesos posteriores donde la persona descubre que compatibiliza con pautas alternativas a la que aprehendió en su socialización primaria<sup>578</sup>.

---

<sup>576</sup> BOULLY, M.R.: *Desafíos en la investigación de las agencias de control social penal*, Ed. Del Puerto, Bs As, 2005

<sup>577</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L.: *Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno*, Santiago de Chile, 2007. Vid también en: [www.derechoengeneral.com](http://www.derechoengeneral.com)

<sup>578</sup> CUCCHI, R.: Op. Cit. pg. 68

Este tipo de conceptualización, más bien desprovista de críticas a este proceso y que tiende a concebirlo como natural y necesario, por mucho, no es la única forma de entenderlo. GINER define la Socialización como: “El proceso mediante el cual el individuo es absorbido por la cultura de su sociedad”, es decir, se concibe como un proceso educativo donde el individuo recién nacido aprende valores, actitudes, normas y pautas de conducta que la sociedad considera formas apropiadas de comportamiento para dicha sociedad. Proceso mediante el cual es interiorizada la cultura dominante en la sociedad.

Hay por lo menos tres conceptos críticos en esta definición, con la cual se coincide, siguiendo a CUCCHI:

1)*Proceso mediante el cual el individuo es absorbido*: la socialización primaria tiende a ser un proceso inconsciente, al menos desde el punto de vista de la falta de elección de la persona de nacer en determinado contexto económico, social y familiar<sup>579</sup>. Desde su nacimiento irá absorbiendo ciertas pautas de comportamiento que, en ese particular seno familiar y social, se consideran como naturales, buenas, adecuadas, incluso moralmente aceptadas. Incorporará valores y conductas que sus entornos primarios de socialización consideran “bueno” para él para su desenvolvimiento como sujeto social, para su aceptación como “buen ciudadano”.

2)*Pautas que la sociedad considera apropiadas*: coincidiendo con la idea de quien define que y en base a qué intereses de la teoría de la reacción social, cabe preguntarse cual es la “sociedad” que define las pautas “apropiadas” y qué se considera como “apropiado”. Sobran razones para demostrar que según la conveniencia, las ideologías imperantes, los intereses, numerosas pautas de comportamiento han sido consideradas como inapropiadas y por ello perseguidas y hasta aniquiladas.

El respeto a la diversidad cultural, hoy un derecho humano reconocido en el marco legal internacional, se sigue avasallando cotidianamente hacia dentro y entre las distintas naciones. La libertad de expresión, el derecho a la disidencia de pensamiento y la participación plural siguen siendo derechos y banderas aún no respetados por algunos grupos de poder nacionales e internacionales. Por lo tanto, nos es dable pensar que las pautas consideradas “apropiadas” son aquellas sostenidas por quienes establecen las reglas de juego en un determinado momento histórico-social. De acuerdo con esto, la “sociedad” es sólo una porción de la sociedad, un grupo con suficientes herramientas y legitimación del poder que tiene la facultad de arrogarse el derecho del establecimiento de lo

---

<sup>579</sup> BERRÍOS POLÍO, S.E.: *Cultura y socialización*, Ed. Temis, Bogotá. 1998

“apropiado” y lo “inapropiado” y, por otro lado, se entiende que esas pautas, no son de la sociedad toda sino de esa porción de sociedad, por lo tanto son “sus” pautas de comportamiento, que por el poder ejercido pueden trasladarlas y hacerlas extensivas al resto de la comunidad a través de numerosos agentes de socialización como la familia, la escuela, la televisión, la iglesia, etc.

3) *Se interioriza la cultura dominante*: siguiendo con el punto anterior, las pautas culturales sostenidas por ese grupo de poder que se arroga el título de “sociedad”, no están desprovistas de una carga ideológica claramente definida. No en vano se sostiene que los sistemas de control social ya visto anteriormente han servido y sirven para legitimar el ascenso y la permanencia de cierto grupo en el poder. Son herramientas que le permiten minimizar los riesgos de vulneración del sistema imperante. La nobleza primero, la burguesía después, el estado de bienestar, el nacionalsocialismo, el fascismo, las dictaduras, la democracia misma, España, Inglaterra, EEUU, el neoliberalismo, han poseído y poseen todos, instrumentos y herramientas de socialización que permiten inculcar pautas, normas y valores propios del sistema que promueven. Y es imposible que esto no sea así, pues cada grupo de poder, cada forma de gobierno, está erigido sobre un conjunto de ideas que lo hacen diferente y opuesto a otros. A fin de sostener el sistema en cuestión, es necesario que la sociedad en su conjunto, a través de distintos medios, unos culturales, otros represivos, incorporen como propio el sistema de valores impulsado<sup>580</sup>.

Del breve análisis desarrollado se desprende que las pautas que, en general, adoptamos como propias, como “buenas”, como socialmente aceptables, son aquellas que el grupo de poder dominante ha definido como “apropiadas” y, en definitiva, convenientes al mantenimiento del sistema imperante. Por lo tanto, dependiendo del momento histórico, el derecho a resistir la cultura dominante puede convertirse en el mayor de los delitos bajo este tipo de conceptualizaciones, afirma con acierto CUCCHI.

Ahora bien, cooptados como estamos todos aquellos que hemos crecido en núcleos familiares relativamente estables, que pudimos aprovechar ciertas oportunidades de estudio y trabajo, que crecimos con afecto, que intentamos forjar un futuro, que tenemos

---

<sup>580</sup> La denominada Introyección de valores, ha sido arduamente criticada por ROGERS. Entiende el autor citado que la introyección en términos generales es negativa porque puede distorsionar al yo, al aceptar valores o normas que pueden ser incongruentes con las tendencias básicas de la personas. Enseñar o transmitir las normas y valores sociales es dañino para la formación de una personalidad libre, afirma. El procedimiento más adecuado para que una persona adquiera valores, sin que se distorsione su personalidad es a través de su propia experiencia, a través de sus vivencias, sostiene. Cada persona debe descubrir sus propias normas y valores. Vid. ROGERS, C.: *Teoría educativa*, Ed. Porrúa, México, 1998

un ritmo de vida propio de quien busca un poco más de lo que tiene material, intelectual y personalmente: ¿podemos llegar a entender que quien no creció en el mismo ambiente pueda vivir de un modo diferente y esperar de la vida otras cosas?

El objeto de hacer esta pregunta es intentar comprender que si bien hay factores de socialización comunes, dada la impronta de cierto contexto macro que nos es común y que define las pautas de lo aceptado y lo prohibido; hay otros factores de socialización secundaria que nos diferencian. Ir o no ir a la escuela, tipo de colegio, seguir estudiando o no, trabajar o no, tipos de trabajo, círculos de amigos, contextos sociales donde nos movemos, pautas culturales distintas, etc. Indudablemente nacer en el norte o en el sur, en continentes distintos, en países distintos, en barrios distintos, nos hace diferentes, dado que hemos ido tomando ciertos comportamientos y valores que llegan a diferir radicalmente con los de otras personas que pueden hasta no vivir muy lejos<sup>581</sup>.

Cuesta aceptar y comprender que existan diversidades culturales ocasionadas por factores socio-económicos. Cuesta entender que existan personas que no valoren las mismas cosas, desde lo material hasta la vida. Por ello es, en cierta manera, estigmatizado todo aquello que no encuadra en nuestro sistema de valores, aunque sepamos que existe, que pasa, que es una realidad de muchos. Pero no lo comprendemos. Se sigue entendiendo como una anormalidad. Desde quienes no creen en la propiedad ni en el Estado, hasta quienes no valoran su vida, y deciden quitársela.

Lo entendamos o no, tenemos que ser conscientes que la falta de igualdad de oportunidades, incluso de pautas de socialización similares, nos hace una sociedad con diferencias. Siguiendo con el plateo realizado más arriba, la desigualdad de oportunidades se ha dado porque a esa porción de sociedad que “maneja los hilos” del porvenir del resto, le convino que así fuera, dado que la desigualdad social implica el equilibrio del sistema que garantiza el desequilibrio económico y de poder en favor de unos pocos<sup>582</sup>.

Si bien este planteo puede contener muchas ideas propias del estructural funcionalismo y de la teoría de subculturas<sup>583</sup>, se sostiene que no por nacer en cierto contexto se está de

---

<sup>581</sup> CUCCHI, R.: Op. Cit, pg. 74; Vid. también: JUÁREZ, M.: *Filosofía de la educación*, Ed. La Rayuela, Montevideo, 2000, pg. 56

<sup>582</sup> CUCCHI, R.: Op. Cit, pg. 80

<sup>583</sup> La teoría de las subculturas criminales de SUTHERLAND, se comienza a predicar que la desviación a la norma institucionalizada no es lo que le pasa a una persona, hay situaciones grupales, relaciones económicas, culturales, que influyen. El delito no es ya la libre elección del individuo de las primeras teorías del contrato social, ni la conducta determinada patológicamente del positivismo científico, el delito tiene que ver con la estructura social y cultural y es ésta la que condiciona y determina al individuo.

alguna forma predestinado a ciertos comportamientos; pero sí condicionado material, social o culturalmente a ver la vida a través de otro vidrio. A esta disparidad de condiciones dentro de la cual distintas personas desarrollan su vida, se suma el hecho de que esa disparidad socio-material es producto de un campo de interrelaciones de poder demarcado por grupos hegemónicos para quienes la desigualdad es la base del equilibrio que les garantiza su posición. Vivimos en una sociedad que ha cambiado su lógica interna de acuerdo a numerosos factores económicos y culturales, pudiendo identificar ciertos rasgos que CUCCHI ha descripto en detalle a fin de dar a la idea de que, como sociedad, hemos desarrollado y apoyado nuestras propias causas de erosión y vulnerabilidad. Por un lado, el tema de los “filtros” que seleccionan y toman de la sociedad cierta delincuencia como objeto del sistema represivo y penal y a otra simplemente no<sup>584</sup>.

Este aspecto, está relacionado con: - *Las instancias institucionales que poseen el poder y legitimación de definición de qué es delincuencia, que delitos se penalizan, cuales se persiguen, y cuáles no.*

El poder ejecutivo define una política de seguridad, el poder legislativo sanciona y tipifica los delitos penalizables, el poder judicial ejecuta los códigos y leyes. Este aspecto, está relacionado con: - *Las instancias institucionales que poseen el poder y legitimación de definición de qué es delincuencia, que delitos se penalizan, cuales se persiguen, y cuáles no.*

El poder ejecutivo, sostiene con acierto CUCCHI, define una política de seguridad, el poder legislativo sanciona y tipifica los delitos penalizables, el poder judicial ejecuta los

---

MERTON señala que el delito tiene que ver con los fines institucionalizados y los medios legítimos para alcanzarlos, y donde muchos individuos no tienen acceso a ellos. SUTHERLAND introduce el concepto de que la socialización por la que se aprende la conducta conformista a las normas institucionalizadas, es un proceso igual a aquel por el cual se aprende la conducta desviada; ambos difieren por los contactos del individuo en los grupos donde interactúa y las causas sociales de los diversos contactos diferenciales (ej.: nació en una subcultura criminal en una villa miseria). En la etapa del “estructural funcionalismo” iniciada por DURKHEIM se considera al delito como funcional para la sociedad (dentro de ciertos límites, ya que si no se entraría en una situación de anomia); encontramos aquí un doble discurso: el delito es funcional, pero lo reprimo. Aquí el fin de la pena se fundamenta en la necesidad de reafirmar valores sociales, (base axiológica consensual de la sociedad) y la estructura social; también existe la idea (propia de la modernidad) de buscar reinsertar, al individuo que delinquiró en la sociedad. Con la teoría de las subculturas criminales surge la idea de que detrás de la cultura dominante, base de la sociedad, existen subculturas más pequeñas: étnicas, religiosas, marginales, con valores propios Vid. GARCÍA ORTÍZ, G.A.: *La Criminología en la modernidad y la postmodernidad*, Ed. Eudeba, Bs. As. 2001, pgs. 45 y sgs; Vid también: SUTHERLAND, E.: *Principios de criminología*, Traducción MOLINATI, E. Chicago, University of Chicago press, 1998; GIROLA, L.: *Anomia e individualismo: del diagnóstico de la modernidad de Durkheim al Pensamiento contemporáneo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2000; DURKHEIM, E.: *La educación moral*, Ed. Trotta, Madrid, 2002

<sup>584</sup> CUCCHI, R.: Op. Cit. pg. 56

códigos y leyes, y el poder legislativo que sanciona, modifica, deroga las leyes, están conformados por funcionarios elegidos democráticamente, provenientes de cierta fuerza político-partidaria, con intereses, principios, ideas y objetivos que ciertamente representan y defienden posturas desde su visión partidaria que ha sido legitimada por una porción del pueblo que los eligió. Pero no dejan de ser intereses de un sector que pugna por algunas metas en base a ciertos intereses. Esta es la lógica de quienes poseen el poder de definición. Por ello es justificable que el tipo de delito que se persigue y penaliza según la época, cambie; pues los grupos que ejercen el poder, cambian.

*Los mecanismos represivos y de seguridad que filtran y seleccionan*, de hecho, cierto perfil, ciertos rasgos, cierto sector, ciertos barrios que perseguir. Este punto tiene dos aspectos, por un lado es claro que el poder ejecutivo define una política de seguridad que apunta a la prevención, persecución y aprehensión de ciertos delitos que considera prioritarios disminuir. Este es el segundo filtro, dado que el primero es el marco legal que establece el límite entre legalidad e ilegalidad. El tercer filtro se ejecuta de hecho, en las calles y por manos policiales que día a día, definen claramente quienes son sospechosos, a quien perseguir y aprehender, que pistas seguir, en que lugares hacer operativos, etc. La policía define “el mapa del delito”, “el perfil del delincuente”, “las conductas sospechosas”, cada policía y la policía en general señalan quien y que va contra el orden, agrega a los demás filtros, una pauta concreta de selección, de control y criminalización<sup>585</sup>

Por otro lado, el tema de que los causales del aumento de violencia, de incidencia y reincidencia delictiva, de mayor exclusión, se hallan en la sociedad, como desenlace de sus propias lógicas sociales, políticas y económicas.

Siguiendo a CUCCHI, podemos decir que este punto tiene que ver con una vorágine de cambios en la composición de la trama social de cada país: cambios en la composición de la población (como hemos visto: migraciones internas y externas, envejecimiento, urbanización, etc.); cambios como consecuencia de procesos económicos (abismo entre ricos y pobres, aumento de la pobreza, aumento de la población excluida de los sistemas educativos y laborales, desocupación, crecimiento de “zonas periféricas” a los cordones industriales debido al empobrecimiento del campo, aumento de niños/as en situación de calle, etc.); y cambios culturales y sociales (individualismo, aumento de violencia, falta

---

<sup>585</sup> BUSTOS RAMIREZ, J.: “El pensamiento criminológico” en *Control formal: policía y justicia*, Ed. Temis, Bogotá, 1998; Vid. también: GIDENS, A.: *Consecuencias de la modernidad*, Ed. Alianza, Madrid, 2002

de códigos de respeto y convivencia, lazos familiares rotos, etc.). Una composición que ha ido mutando históricamente debido a numerosos factores:

- Sociales: migraciones externas e internas, pautas culturales y de comportamiento, cambios en los factores de socialización primaria, pérdida de la familia y la escuela como núcleos socializadores, aumento del consumo de cultura extranjera, etc.
- Políticos: conflictos bélicos, imposición de modelos, programas políticos, acuerdos, ideologías, intereses partidarios o de clase, corrupción, etc.
- Económicos: imposición de modelos, acuerdos, dependencia, intereses sectoriales, etc.

Estos numerosos cambios en la trama social no han sido abordados integralmente y han ido definiendo en conjunto, sucesivas situaciones de crisis en el seno de la sociedad.

Efectivamente, en los últimos años, ha aumentado el nivel de violencia e incidencia delictiva, pero este fenómeno, se ha dado a todo nivel: en programas televisivos, en las escuelas, en las familias y en la calle ha aumentado la violencia cotidiana; en los niveles públicos y privados a través de la malversación y corrupción, de la violación de derechos fundamentales; en el nivel económico a través de competencia inescrupulosa y la exclusión.

Pero de todos estos tipos de violencia y hechos delictivos, el único tomado con fuerza institucionalmente es aquel que atenta contra la propiedad y, en segundo lugar, el que atenta contra la vida. Con lo cual, podemos inferir no solo que el derecho que más se protege es el central del liberalismo, sino que se aborda el tema al final del ovillo; cuando las personas ya han sido alcanzadas por algún factor de vulnerabilidad: -un núcleo familiar desmembrado, mala alimentación, inasistencia a los niveles educativos, situación de calle, mendicidad, violencia familiar, exclusión del mercado laboral, exclusión de las redes de política social, desocupación, flexibilización laboral, competencia desmedida, imagen o modelo social inalcanzable, etc.

Todos somos afectados por uno o varios de estos factores que, tarde o temprano, generan consecuencias y reacciones en nuestro comportamiento. Todos estamos expuestos a aumentar los índices de violencia en la misma medida que expuestos a estos factores sociales, políticos y económicos que condicionan en mayor o menor medida, nuestra vida. Solo que unos roban un auto y otros no avisan a la cajera que le dio de más en el vuelto; unos matan y otros golpean a sus cónyuges o hijos; unos roban fondos públicos en una licitación y otros usan bienes públicos con fines personales. No se pretende comparar estos hechos, sino que se apunta a mostrar que no hay códigos de convivencia que unos respetan y otros no; que no hay conductas “desviadas” a un

contrato o consenso social establecido, sino que somos partícipes de una trama social rota que nos afecta de diferente manera, pero de la cual todos somos parte y consecuencia<sup>586</sup>.

¿Y porqué unos “caen” y otros no? Porque los sistemas de “prevención” y represión funcionan con gran éxito como filtro, quedando los más vulnerables, más expuestos.

Esta exposición y vulnerabilidad es un gran tema a analizar dentro de la socialización pues cabe preguntarse que es lo que define que, rodeados de numerosos factores, unos están más expuestos que otros a “caer” en el sistema.

Sabemos que las oportunidades, el acceso a la educación, a una vivienda, el acceso al trabajo digno, la contención afectiva, son muy importantes a la hora de disminuir la vulnerabilidad de las personas. Ahora bien, en una crisis general de interrelaciones sociales como a la que se está haciendo referencia, la vulnerabilidad del conjunto social, aumenta. Un desequilibrio de los factores de crisis, aumenta tanto la vulnerabilidad a cometer un acto de violencia o bien, a sufrirlo. Aumentando con ello la sensación de inseguridad latente<sup>587</sup>.

Con el contexto que hemos adelantado aquí, debemos preguntarnos entonces qué sentido o qué significación puede tener el término “tratamiento penitenciario” y qué se quiere decir cuándo se habla de resocialización, término vacío de contenido, como veremos enseguida.

Veamos las distintas definiciones contemporáneas de tratamiento penitenciario:

Hilda MARCHIORI lo define como “(...) la aplicación de todas las medidas que permitirán modificar las tendencias antisociales del individuo. Esta medida está en relación a cada departamento, es decir medicina, psicología, trabajo social, etc”<sup>588</sup>.

Por su parte, SANCHA MATA y GARCÍA GARCÍA, nos dicen que es “El conjunto de actuaciones basadas en las ciencias sociales y de la conducta, llevadas a cabo sobre el sujeto que cumple una pena de prisión y sobre su entorno más próximo, con el fin de modificar los indicadores teóricamente relevantes de su conducta delictiva y aumentar así su capacidad de vivir respetando la ley penal”<sup>589</sup>.

---

<sup>586</sup> CUCCHI, R.: Op. Cit. pgs. 89 y sgs.

<sup>587</sup> CUCCHI, R.: Op. Cit. pg. 87

<sup>588</sup> MARCHIORI, H.: *El estudio del delincuente, tratamiento penitenciario*, Ed. Porrúa, México, 1989, pg. 15

<sup>589</sup> Vid: SANCHA MATA, V- GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Psicología social y penitenciaria*. Ministerio de Justicia. 1989. También: “Tratamiento psicológico penitenciario” en *Papeles del Psicólogo, Revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Nº 30, Madrid, 1987



SANDOVAL HUERTAS nos dice que es “(...) un conjunto de medidas y actitudes tomadas respecto de un sentenciado privado de libertad con el propósito de obtener su rehabilitación. Conceder al “tratamiento penitenciario” un alcance diferente al que acabamos de señalar, sería desconocer el origen y la asimilación que históricamente siempre ha mantenido esa expresión”<sup>590</sup>.

ALARCÓN BRAVO, define al tratamiento penitenciario como la “Acción individualizada (de tipo médico, biológico, psiquiátrico, psicológico, pedagógico y social) que bajo la idea de reeducación y readaptación del condenado trata de modificar favorablemente aquel sector de la personalidad del delincuente que influye en su delincuencia o estados peligrosos para evitar la reincidencia”<sup>591</sup>.

“Modificar”, vemos que es el término en común, “corregir”, “tratar” las tendencias o conductas antisociales. Ahora bien, “modificar” es sinónimo de “transformar”, de “convertir”, y supone entonces, al menos, la diferenciación de alguien que no es como debiera ser, en el sentido más atenuado, pues cuando no, el sujeto que ha delinquido es considerado en otras palabras: un “anormal”.

Este pensamiento no es nuevo, como lo hemos podido comprobar, la concepción de quien ha delinquido como un “anormal”, un desviado al que hay que corregir, nace aún antes de que la pena de prisión se consolidara como tal.

Así, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, nos dice que “El concepto de resocialización está cargado de sentido y la concepción de tratamiento le sigue los mismos pasos. Ambos denotan las creencias que una Sociedad tiene sobre la criminalidad y la desviación, en definitiva, sobre las relaciones hombre - Sociedad. De acuerdo a parámetros etiológico-positivistas, la resocialización y el tratamiento consisten en curación, terapia, corrección, esto es, una superación de las causas que llevaron al sujeto a delinquir, utilizando métodos médicos. Bajo parámetros sociológicos, la resocialización y el tratamiento consisten en reeducación y reinserción social, utilizando métodos psicosociales”<sup>592</sup>.

ROTMAN considera que la historia de la resocialización puede ser representada por cuatro modelos sucesivos: el modelo penitenciario (que tendría por elementos básicos el

---

<sup>590</sup> SANDOVAL HUERTAS, E. *Penología*. Ed. Ibáñez, Bogotá, 1998, pg 317

<sup>591</sup> ALARCÓN BRAVO, J: “El tratamiento penitenciario”, en *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978 pg 94

<sup>592</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: “El tratamiento penitenciario” en *El tratamiento penitenciario* en BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I-ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. (Coord) *Manual de Derecho Penitenciario*, Ed. Colex, Madrid, 2001

trabajo, la disciplina y la educación moral), el terapéutico o médico (sobre el que gira la mayor parte del debate actual sobre la resocialización), el modelo de aprendizaje social, y una concepción de la resocialización orientado por los derechos de los presos<sup>593</sup>. Por esta razón, afirma que términos como reforma, regeneración, y corrección, tanto como expresiones más modernas como reintegración social, reeducación y resocialización, fueron usados para referirse a la misma idea.

Ahora bien, es también cierto que como sostiene VACANI es con el nacimiento del Estado moderno cuando comienza a haber una expansión progresiva hacia la especificidad de los ámbitos normativos y al medio terapéutico como modos de estabilizar el poder de normalización<sup>594</sup>, así, el ideario resocializador nace con la prisión moderna, institución disciplinaria por excelencia, no obstante alcanza un desarrollo y dimensión especial en la última parte del siglo XIX, cuando el proyecto de transformación de los individuos se promueve plenamente por las disciplinas vinculadas a la cuestión criminal acompañado por creaciones institucionales y reformas legislativas del sistema penal. Así pues, la justificación de la pena, por medio de la resocialización está asociada al positivismo criminológico, el correccionalismo penal europeo y al penitenciarismo estadounidense, movimientos que se desarrollaron, básicamente, en la segunda parte del siglo XIX. En todo caso, siempre ligada al desarrollo de la criminología, y a una representación del delincuente, como un sujeto deficiente, que requiere ser curado o corregido para conformarse como sujeto del derecho<sup>595</sup>.

El fin resocializador de la pena ha sido mantenido en los instrumentos legales punitivos del siglo pasado y de inicios del presente, a través del correspondiente “tratamiento penitenciario, aunque tal finalidad es mencionada de diferentes maneras “resocialización”, “reeducación”, “reinserción social” del delincuente, lo que ZAFFARONI ha denominado como las ideologías “re”<sup>596</sup>. Con todo, el discurso del tratamiento, ha alcanzado matices que configuran un proyecto penitenciario poco claro, que se ha vaciado de contenido y que coincidiendo con VACANI consideramos se revela al menos, impreciso, confuso, u utópico<sup>597</sup>. Tales ideologías “re” se encuentran vinculadas a la concepción del sujeto que ha cometido un delito como alguien a quien se

---

<sup>593</sup> ROTMAN, E.: *Beyond Punishment. A New View*, Greenwood Press, 1990, pg. 34

<sup>594</sup> VACANI, P.A.: *Resocialización, una mirada desde el ser*, disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,64,0,0,1,0>

<sup>595</sup> ZYSMAN QUIRÓS, D.: *Justificación del castigo e inflación penal*, Universidad de Palermo, 2010, pg. 3

<sup>596</sup> ZAFFARONI, R.E-ALAGIA, A-SLOKAR, A.: *Manual...* Op. Cit, pg 160

<sup>597</sup> Vid.: VACANI, P.A.: *Cómo pensar la resocialización, aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial*, Ed. Ediar, Bs. As, 2006, pg. 56

debe devolver a la misma sociedad que lo ha expulsado pero “socializado”, “educado”, lo que resulta al menos contradictorio, porque hay una cuestión fundamental y lo sabemos, siguiendo a BARATTA decimos que “La prisión es contraria a todo moderno ideal educativo, porque éste estimula la individualidad, el autorespeto del individuo, alimentado por el respeto que le profesa el educador. Las ceremonias de degradación al comienzo de la detención, con las cuales se despoja al encarcelado hasta de los símbolos exteriores de la propia autonomía (la vestimenta y los objetos personales), constituyen lo opuesto a todo eso. La educación alienta el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo; la vida en la cárcel, como universo disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante”<sup>598</sup>

Entonces ¿hasta qué punto la dignidad humana no se ve lesionada cuando al sujeto se lo somete a un “tratamiento de re educación obligatorio” o a una “reformación”, reemplazo, o reformulación de sus valores éticos, morales, culturales?

El profesor NEUMAN nos dice con toda razón “que ninguna duda quede: no es posible readaptar a nadie, ni a un solo recluso en recintos lóbregos donde no se puede educar para la libertad, ni se puede privar de libertad haciendo del preso parte del encofrado o poco menos. Es un ser humano y los seres humanos tienen derechos que hay que respetar”<sup>599</sup>.

Esta situación se patentiza aún más en el caso del autor imprudente o el ocasional, quienes con evidencia no “necesitan” de un tratamiento “resocializador”, en ellos, la prisión provoca, por el contrario, un efecto criminógeno.

De igual manera que con el imprudencial o el ocasional, ocurre con los delincuentes de cuello blanco ¿qué significado o contenido podría tener el término resocializar en esos casos? Se podrá argumentar que necesitan ser “reeducados” también, desde el momento en que no han respetado las normas de convivencia con amplios sectores de la sociedad, que con el ilícito cometido se han visto seriamente dañados, sobre todo cuando se trata de delitos de funcionarios públicos, malversación de caudales también públicos, grandes fraudes administrativos, o bancarios, estafas a gran escala, etc, pero en estos casos el criminal a la salida de prisión- que cumplirá claramente en alguna celda o pabellón especialmente acondicionado de acuerdo a su alta capacidad adquisitiva- seguramente se encontrará con su economía incrementada, volverá “al ruedo”, a su medio social, y ¿qué habrá significado el término resocializar en su caso?

---

<sup>598</sup> BARATTA, A: *Criminología...* Op. Cit. pg. 194

<sup>599</sup> NEUMAN, E: *Prisión abierta, una nueva experiencia penológica*. Ed. Depalma, Bs As 1984, pg. 31

También nos preguntamos ¿qué contenido podría tener el término resocializar en el caso de los “delincuentes por convicción”, con los presos pertenecientes a alguna organización terrorista? ZÚÑIGA RODRIGUEZ nos dice que “(...) en estos casos no puede pretenderse un cambio en sus convicciones internas y que sólo debe buscarse que el sujeto lleve en el futuro una vida sin delito. Esto significa que para estos presos, sólo se puede pretender que intenten luchar por sus convicciones políticas dentro del juego democrático, sin el uso de la violencia no se puede pretender un cambio ideológico ni político”<sup>600</sup>

Así, pues, se ha propuesto también el concepto de resocialización como la aceptación por parte del delincuente del ordenamiento punitivo con el fin de impedirle cometer en el futuro nuevos delitos. Hasta cierto punto, ha sostenido MUÑOZ CONDE, sería consecuente con la estructura funcional del sistema sancionatorio penal: la norma penal contiene una serie de expectativas de conducta legalmente determinadas, cuya frustración posibilita, bajo ciertas condiciones, la aplicación de una pena. “Fin de la ejecución de esa pena sería, por consiguiente, restablecer en el delincuente el respeto por esas normas básicas, haciéndole corresponder en el futuro a las expectativas en ellas contenidas, evitando así la comisión de nuevos delitos, en una palabra: la reincidencia (...) Si la resocialización se limita al mantenimiento de una actitud externa de respeto a la legalidad penal, hay que aceptar el riesgo de que ocurran una de estas tres cosas: a) que surja una contradicción entre legalidad y convicciones morales del sujeto resocializado; b) que tras la actitud de respeto a la legalidad se oculte un vacío moral; o c) que la resocialización se quede en una simple adaptación forzosa, en una represión encubierta, sin conseguir la meta de autodeterminación pretendida; cualquiera de ellas es lo suficientemente grave como para replantear el tema de la resocialización a la legalidad”<sup>601</sup>.

Sin embargo, no se ha podido formular la resocialización en ningún lugar con grado de eficacia o resultados verdaderamente convincentes, teniendo en cuenta el alto número de reincidentes que registran los establecimientos carcelarios argentinos, circunstancia que se reitera a nivel internacional<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: “Sobre la resocialización de los presos terroristas” en VV.AA *Jueces para la Democracia*, N° 35, 1999

<sup>601</sup> MUÑOZ CONDE F.: “La resocialización...” Op. Cit. pgs. 394/395

<sup>602</sup> RIQUERT, M. E –JIMÉNEZ E.: *Teoría de la Pena y derechos Humanos*. Ed. Ediar. Bs As, 1998pg. 263

Pero en cualquier caso, la pretendida metamorfosis del delincuente mediante la introyección y la imposición de estándares morales y sociales, que no son los suyos, implica una violación del principio básico de autodeterminación, de elección de forma de vida. Los programas de “tratamiento” son definitivamente violatorios de la más elemental posibilidad de elección de forma de ser, coincidiendo con el Profesor chileno GUZMÁN DALBORA, decimos que no conformes con pretender que el sujeto respete externamente la ley, aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo, o su adhesión interna a los valores sociales, violando con ello el primer derecho de cada hombre: la libertad de ser él mismo y de seguir siendo como es; en el fondo, implica una exigencia exagerada e iliberal, en cuanto supone la imposición de valores morales que el condenado puede perfectamente no compartir e incluso rechazar, al paso que también se nos filtra subrepticamente una moralidad del Estado que nada tiene que hacer en un Derecho Penal liberal y que cuadra mejor en un esquema político autoritario, por no decir totalitario<sup>603</sup>.

Sin duda, como lo afirma FERRAJOLI, las doctrinas de la enmienda, confunden explícitamente derecho y moral, y conciben al reo como un pecador a reeducar coactivamente y confiando a la pena funciones benéficas de arrepentimiento interior; (...) las de la defensa social y las teleológicas confunden por el contrario derecho y naturaleza, sociedad y estado, ordenamientos jurídicos y organismos animales, representando al reo como un enfermo o como un ser anormal al que hay que curar o eliminar. En todos los casos es la persona del delincuente más que el hecho delictivo -el pecador más que el pecado, el enfermo más que el síntoma de enfermedad- el que pasa a primer plano a los fines de la calidad y cantidad de la pena. Y ello se refleja en la forma misma del juicio, orientándolo al análisis del alma y a la observación psicosomática del reo más que a la averiguación de su conducta, en consonancia con modelos subjetivizados de derecho penal basados en el “tipo de delincuente” y en su peligrosidad ante delictum más que en el tipo de delito cometido (...) La pena, en efecto, continúa FERRAJOLI, asume la forma de tratamiento diferenciado, que apunta a la transformación o a la neutralización de la personalidad del condenado -no importa si es con el auxilio del sacerdote o con el del psiquiatra- mediante su reeducación hacia los valores dominantes o, peor aún, su liberación médica (...) Además, dado el carácter correctivo asociado a los tratamientos penales, no se justifican límites legal y

---

<sup>603</sup> GUZMÁN DALBORA, J.L.: “Consideraciones críticas sobre el sistema penitenciario chileno” en *De las penas. Homenaje al Profesor Benedetti*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1997, pg 277

rígidamente preestablecidos a las exigencias individualizadas de la corrección. Por el contrario, se justifican y recomiendan penas de naturaleza y duración indeterminadas, sujetas a cambios a medida que varían las necesidades correctivas y que cesan sólo con el arrepentimiento o la curación del reo”<sup>604</sup>.

Pues bien, como hemos observado hasta aquí, las críticas al concepto “resocializador” están dirigidas tanto a su existencia como tal, a su contenido indefinido, vago, impreciso y a su finalidad incierta, cargada de ficción. Las críticas se extienden también a su significado constitucional, como en particular, a su posible proyección práctica. Así, encontramos a COBO DEL ROSAL quien afirma con certeza que la idea de reeducación o de reinserción social es inadmisibile, bien por cuanto debiera requerir un auténtico cambio de estructuras, bien por entrar en contradicción con la misma dignidad humana, con la posición de conflicto valorativo a la que en definitiva tiene derecho todo ser humano. Todo ello comporta limitar esta clase de nociones en un ámbito constitucional, que por lo demás asume perfectamente el respeto a la dignidad humana y a su libertad. Afirma COBO DEL ROSAL que “Sólo es posible conciliar el aludido y menguado concepto de resocialización con las exigencias constitucionales, si se concibe como un derecho de la persona, derecho a que se le presten por parte del Estado las condiciones necesarias a tal efecto con las exigencias constitucionales de respeto a la dignidad y libertad humana”<sup>605</sup>.

Sin embargo, el sujeto frente al derecho debería ser considerado un igual, sin ningún déficit o patología, ni psicológica, ni moral, ni social ni jurídica, excepto por la adopción de una medida jurídica privativa de su libertad locomotiva. BOMBINI nos refiere, la necesidad del entendimiento de quien ha delinquido con una “presunción de normalidad”, contraria a cualquier pretensión criminológico- patológico clasificatoria y diferenciadora de signo positivo.

Como bien ha sostenido MUÑOZ CONDE, una sociedad por más hermética que sea, se caracteriza fundamentalmente por la diversidad de individualidades con todo lo que implica precisamente la pertenencia a un determinado contexto personal, coexisten también diferentes conjuntos normativos, con distintos sistemas de valores y diversas concepciones del mundo. La resocialización sería solamente posible si hubiera una identidad entre los que crean las normas y sus destinatarios, si el individuo a resocializar

---

<sup>604</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón...* Op. Cit. pgs. 268, 269.

<sup>605</sup> COBO del ROSAL, M.: *Derecho Penal y Constitución*. Tomo I. Ed. de Derecho Reunidas. Madrid. 1993, pg 67

y el encargado de llevarla a cabo, aceptaran el mismo fundamento moral de la norma de referencia. De lo contrario la resocialización implicaría sólo el sometimiento, el dominio de unos sobre otros, sin libre autonomía individual. “En el fondo, todo intento resocializador supone la imposición de una idea a costa de la libre autonomía del individuo”<sup>606</sup>

Por otra parte, se encuentran suficientemente demostrados los efectos devastadores que produce la privación de libertad en los demoledores porcentajes de excluidos criminalizados que pueblan las prisiones, como para seguir sosteniendo que la prisión “resocializa”.

La gran contradicción oficial de la prisión surge al razonar, tal como lo ha sostenido GARCÍA VALDÉS, pretender “preparar” al hombre para libertad en un ambiente hermético, opresor y agresivo, cual es el clásico de los establecimientos cerrados, y pese a ello se mantiene profusamente tal manera de actuar, represiva y reprimente<sup>607</sup>.

En este punto es donde debemos preguntarnos: ¿cuál es el límite del poder punitivo del Estado? o en otras palabras, ¿cuál es el límite de la ejecución de la pena? A estas preguntas debemos responder que si asumimos al Derecho Penal (y a su efectivización) desde una visión antropológica, el límite del poder punitivo del Estado es la Dignidad Humana, que no puede ser sometida so pretexto de tratamiento resocializador alguno. Sin embargo, y tal como lo ha sostenido el profesor ZAFFARONI “Hay síntomas alarmantes en el mundo, que hacen que muchos duden sobre el destino mismo del hombre. Quienes no abrigamos esas dudas sabemos que serán neutralizados en la medida en que los encaremos con firmeza. Brutal represión y refinamiento hasta hace poco de ciencia ficción nos dan la nota de lo angustiante del problema”<sup>608</sup>. En tanto la pena privativa de libertad se ponga al servicio de esos sistemas, sus consecuencias serán catastróficas.

Por otra parte, es necesario no perder de vista que se ha pretendido encontrar en el ideal resocializador una forma “humanitaria” de morigerar el castigo retributivo, así ha ocurrido sobre todo en el período posterior a la segunda guerra mundial en el siglo pasado<sup>609</sup>, en esta misma línea, ZYSMAN QUIRÓS nos dice que la resocialización se reforzó en legitimidad y pudo explicarse como intervención científica frente al delito, en

---

<sup>606</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “La resocialización...” Op. cit pg. 392

<sup>607</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: “Sistema...” Op. Cit, pg 87

<sup>608</sup> ZAFFARONI, M.: *Manual de...* Op. Cit, pg. 245

<sup>609</sup> Así, en España, la resocialización se integraba como finalidad principal en la Constitución de 1978, frente al castigo retributivo de la dictadura franquista.

todo caso, como la forma más adecuada al pensamiento utilitarista e, incluso, a los proyectos humanistas y de cambio social; mucho más que cualquier otra justificación propia de concepciones severas, ancladas en la idea de prevención general, retribución, castigo o venganza<sup>610</sup>. Así, el ideal resocializador, ha sido sostenido fundamentalmente como el fin fundamental de la sanción penal, sobre todo a fines de la década del 50' y durante la del 60' del siglo pasado, con una serie de expectativas en medio de una ola de optimismo donde nació la sensación de que lo deseable también sería posible, prestándose especial atención a todos aquellos grupos que se encontraban en situación de vulnerabilidad entre ellos los presos y a su rehabilitación. GARCÍA RIVAS, nos dice que al mismo tiempo se desarrolla la utilización de técnicas de manipulación del comportamiento humano que coadyuvan a su vez a consolidar el ideal reformador en el marco penitenciario<sup>611</sup>.

En los años 70' del pasado siglo conjuntamente con la crisis del Estado de bienestar, se produce también la crisis del ideal resocializador al suprimirse en buena medida la base material de los recursos económicos que habrían debido sostener una política penitenciaria “resocializadora”<sup>612</sup>. Crisis que a fines del siglo pasado se mantenía, aunque, empezado el siglo XXI los instrumentos legales punitivos de occidente, continúan sosteniendo como fin de la pena de prisión, el ideal “resocializador”, no obstante, el modelo de sociedad disciplinaria ha quedado atrás y con él las líneas que definían la concepción de la prisión como lugar de normalización, de fijación a través del disciplinamiento. El contexto social, histórico, económico, es otro, entonces se hace indispensable cuestionarnos si: ¿Es posible, seguir sosteniendo, afirmando, y promoviendo normativa y discursivamente el modelo resocializador como objetivo “esencial” del tratamiento penitenciario, de la pena privativa de libertad? Si es posible hacerlo en nuestro presente, en el que al sujeto excluido se lo hace portador de una peligrosidad que le confiere el lugar social de enemigo y este concepto de enemigo introduce la dinámica de la guerra en el propio derecho penal, despojándolo de todos sus derechos por su capacidad dañina y peligrosa. Y si lo es, como se pregunta ZAFFARONI “¿Es posible que en este Estado de derecho convivan normas que se fundamentan en el derecho penal con el despliegue de prácticas y ejercicios institucionales propias de sociedades excluyentes – aislamiento-confinamiento de

---

<sup>610</sup>ZYSMAN QUIRÓS, D.: *Justificación...* Op. Cit, pg. 6

<sup>611</sup> GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Colección Estudios Ed. Univ. Castilla la Mancha, 1996, pg. 38

<sup>612</sup> GARCÍA RIVAS, N.: Op. Cit, pg, 39



máxima seguridad-aumento de tiempo/años en los mínimos y máximos de condenas – y normas que pretenden reproducir un modelo societal de inclusión social en el cual el castigo legal –la prisión – debe(...) reformar al “delincuente” para regresarlo a una sociedad “dispuesta a recibirlo”?<sup>613</sup>

Ya lo ha dicho MUÑOZ CONDE “Las normas sociales no son algo inmutable y permanente a lo que el individuo deba adaptarse obligatoriamente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mudables y variables. Hablar, por lo tanto, de resocialización del delincuente sin cuestionar, al mismo tiempo, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido”<sup>614</sup>.

Por otra parte, la prisión, lo sabemos, no es más que el muro de contención de la violencia engendrada en el mismo seno de la sociedad, violencia que se reproduce muros adentro, convirtiéndose en un círculo vicioso de nunca acabar.

Y la prisión se contextualiza en el marco de un “orden social establecido” que al mismo tiempo se nos presenta como un orden carente de solidaridad, donde debe garantizarse a toda costa la “seguridad ciudadana”, y es en este mismo orden, en esta misma sociedad donde el delincuente debe ser reinsertado. En este punto es que el discurso resocializador y reeducador, afloran, como hemos visto, cuando menos como contradictorios, ya que las palabras: “re-socializar”, “re-educar”, implican etimológicamente un “volver a”, volver a hacer social, volver a educar. He ahí la gran paradoja del Derecho Penal.

Volvemos entonces a preguntarnos si la “resocialización” prevista dentro del contexto de las finalidades previstas en los instrumentos legales, bajo la denominación de: “reinserción”, “reintegración”, “reeducación”, puede seguir siendo sostenida si probado está que la prisión más que “re”, “de”: desintegra, deseduca, degenera, degrada, destruye.

---

<sup>613</sup> ZAFFARONI, E.R., *El enemigo en el derecho penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, pg. 57

<sup>614</sup> MUÑOZ CONDE F: “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito” en *Estudios Penales Libro homenaje al profesor Antón Oneca*, Ed. Universidad de Salamanca. 1982, pg 391

Es necesario tener en cuenta el contexto de las realidades sociales, nacionales y mundiales en las que la pena de prisión emerge como la punta del iceberg, donde lo que no se ve es, como lo ha dicho MUÑOZ CONDE, lo que realmente importa<sup>615</sup>.

### 3 -El tratamiento penitenciario en las legislaciones latinoamericanas

Las concepciones de tratamiento que hemos mencionado ut supra han sido adoptadas por las legislaciones penitenciarias de occidente, más adelante analizaremos a la argentina y española, con la diferencia de que la segunda hace mención a un “tratamiento voluntario”, aunque, como veremos, implica también una imposición, pero encubierta. Pero veamos el marco legal y la definición de tratamiento penitenciario en algunas legislaciones latinoamericanas<sup>616</sup>:

Tratamiento penitenciario definición	
Bolivia	<p>El Tratamiento Penitenciario tiene el propósito de modelar la personalidad del recluso y modificar su actitud futura frente al medio social, a través de métodos psicológicos, pedagógicos y sociales.</p> <p>Para tal efecto se hace uso del sistema progresivo, el cual comprende las siguientes etapas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El tratamiento del interno.</li> <li>• La readaptación social en un ambiente de confianza.</li> <li>• La pre-libertad.</li> <li>• La libertad condicional.</li> </ul> <p>El fin de readaptación que persigue el tratamiento, es de carácter permanente, y está basado en el conocimiento profundo de la personalidad del interno.</p>

<sup>615</sup> MUÑOZ CONDE F.: *Derecho penal...* Op. Cit pg. 7 Hace alusión al derecho penal como parte de un sistema de control social mucho más amplio, al que de un modo u otro es inherente la violencia, control social en el que el derecho penal no es todo el control social, ni su parte más importante.

<sup>616</sup> Vid. Informe elaborado por la Comisión Andina de Juristas, en <http://www.cajpe.org.pe/publicaciones2008.html>

	(Decreto Ley 11080, Ley de Ejecución de Penas y Sistema Penitenciario, Art. 22, 33 , 34)
Chile	<p>La administración penitenciaria desarrolla sus actividades y acciones en la perspectiva de remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva y están dirigidas a las personas privadas de libertad o que se encuentran en el medio libre, cuando corresponda, a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen en la convivencia social respetando las normas que la regulan.</p> <p>Las actividades y acciones, desarrolladas en este sentido, tienen como referente el carácter progresivo del proceso de reinserción social del interno y en su programación atiende las necesidades específicas de cada persona a quien se dirigen.</p> <p>En esta línea, la administración penitenciaria fomenta y desarrolla actividades deportivas, recreativas y culturales por parte de los internos.</p> <p>(Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto Supremo N° 518 de 19998, Arts. 92 al 95)</p>
Colombia	<p>La administración penitenciaria desarrolla sus actividades y acciones en la perspectiva de remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva y están dirigidas a las personas privadas de libertad o que se encuentran en el medio libre, cuando corresponda, a fin de prepararlas para que, por propia voluntad, participen en la convivencia social respetando las normas que la regulan.</p> <p>Las actividades y acciones, desarrolladas en este sentido, tienen como referente el</p>

	<p>carácter progresivo del proceso de reinserción social del interno y en su programación atiende las necesidades específicas de cada persona a quien se dirigen.</p> <p>En esta línea, la administración penitenciaria fomenta y desarrolla actividades deportivas, recreativas y culturales por parte de los internos.</p> <p>(Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto Supremo N° 518 de 19998, Arts. 92 al 95)</p>
Ecuador	<p>El sistema Penitenciario utiliza el régimen progresivo, el que consiste en:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La individualización del tratamiento.</li> <li>• La clasificación biotipológica delincencial.</li> <li>• La clasificación de los Centros de Rehabilitación Social.</li> <li>• La adecuada utilización de los recursos en beneficio del interno.</li> </ul> <p>El régimen utilizado está basado en el siguiente procedimiento:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Diagnóstico: Estudio del delito, estudio sociofamiliar y económico, estudio médico y sociológico, definición del mecanismo crimino-dinámico y definición del índice de peligrosidad.</li> <li>• Pronóstico: Establecimiento de las escalas de peligrosidad en base al índice de adaptación para la progresión en el sistema.</li> <li>• Ubicación poblacional en base a la siguiente clasificación: por estructura normal, por inducción, por inadaptación, por hipoevolución estructural y por sicopatía.</li> </ul> <p>(Código de Ejecución de Penas y</p>

	<p>Rehabilitación Social Art. 13 al 16)</p> <p>(Reglamento Código de Ejecución de Penas, Art. 14)</p>
Perú	<p>El tratamiento penitenciario es individualizado y grupal. Consiste en la Utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno.</p> <p>Además, el tratamiento se efectúa mediante el sistema progresivo.</p> <p>(Código de Ejecución Penal, Art. 6, y Art. IV del Título Preliminar)</p>
Venezuela	<p>El tratamiento penitenciario procura durante el período de internación la reorientación de la conducta del recluso con miras a un tratamiento integral, a cuyos fines dispensan asistencia integral a través de las siguientes medidas:</p> <p>Clasificación, agrupación, trabajo, educación, condiciones de vida intramuros, asistencia médica, odontológica y social y asesoramiento jurídico.</p> <p>(Reglamento de Internados Judiciales, Art. 5)</p>

#### 4- El tratamiento penitenciario en la legislación argentina

Es necesario tener presente que Argentina es un Estado Federal, de allí que la legislación de fondo, en este caso la legislación penal, se encuentra reservada de manera exclusiva a la competencia del Congreso de la Nación, en tanto que la legislación de forma, esto es, las leyes de procedimiento, en este caso los códigos de

procedimiento penal, se encuentran bajo la esfera de las legislaturas provinciales. Con respecto a la competencia para regular la materia: ejecución penal, nos encontramos ante un sempiterno debate, acerca de quien se encuentra habilitado para legislar sobre ella, no obstante lo antedicho, el criterio jurídico imperante en la actualidad es que, la legislación “penitenciaria” combina reglas de carácter administrativo, procesal y penal y, por ende, esto implica que los dos primeros sectores de la misma sean competencia de las legislaturas provinciales, y por tanto, que la normativa legislada por la nación no sea inmediatamente aplicable en la jurisdicción de los estados provinciales <sup>617</sup>.

El Régimen Jurídico aplicable a la ejecución de las penas privativas de libertad se encuentra previsto en la ley nacional 24660 del año 1996. No obstante ello, y como hemos aclarado ya, el hecho de que combine reglas de diferentes matices ha llevado a que las legislaturas provinciales dicten leyes sobre la materia con posterioridad a la ley 24660, de esta forma procedió, por ejemplo, la Provincia de Santa Fe. La provincia de Salta en cambio, ha adherido lisa y llanamente a la ley, en tanto que en un sentido diverso se dirigió la Provincia de Buenos Aires que sancionó en 1999 la Ley 12256 de Ejecución Penal<sup>618</sup> que en ciertos aspectos sustantivos entra en colisión con ley 24660 generando una serie de dilemas acerca de su aplicabilidad <sup>619</sup>.

---

<sup>617</sup> SOZZO, M.: Op. Cit, pg 94

<sup>618</sup> Ley 12.256 (de aplicación en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires)

Como lo ha sostenido el autor argentino ANTONINI a quien seguimos en el análisis de la ley de ejecución, antes de analizar la presente ley es imprescindible, a fin de efectuar una coherente interpretación de su texto y su espíritu, expresar las diferencias que existen entre el “régimen” y el “tratamiento”, y destacar el sentido en que es utilizado este término en la normativa legal. El régimen, es el conjunto de normas que regulan cómo será la vida de las personas privadas de libertad en todos sus aspectos (trabajo, relaciones con el exterior, disciplina, etc.), el tratamiento es el conjunto de actividades terapéutico-asistenciales dirigidas directamente a colaborar en el proceso de “resocialización”.

La ley 12.256 confunde el régimen con el tratamiento, siendo muy dificultosa y prácticamente imposible su escisión.

Esta ley contempla un régimen diferenciado para procesados y para condenados.

\* El régimen para procesados es eminentemente asistencial, y posee dos modalidades:

a) Atenuada: se caracteriza por la prevalencia de métodos de autogestión y autocontrol. (Art. 68)

b) Estricta: se caracteriza por el énfasis dado a aquellos aspectos asegurativos, que hagan a un mejor control de aquellos internos en los que se evidencian serias dificultades de convivencia con riesgo inmediato para sí, para terceros y para la seguridad del establecimiento (Art. 69).

El ingreso, la reubicación del procesado a estas modalidades lo dispone la Jefatura del Servicio Penitenciario a propuesta de la Junta de Selección en base a un informe elevado por el Grupo de Admisión y Seguimiento, que toma en consideración distintos aspectos de la vida del interno.

Las diferencias en la inclusión de uno u otro régimen, además de la mencionada autogestión, se evidencia en el régimen de visitas, en la participación y en la planificación del área de convivencia, en el área tiempo libre, etc.

\* El régimen para condenados se caracteriza por la asistencia y/o tratamiento, comprende los regímenes abiertos, semiabierto y cerrado, los que serán de utilización alternativa y no necesariamente secuencial (Art. 6).

El artículo 94 de la ley concordante con lo expresado, supedita la iniciación del régimen a la evaluación y contempla la posibilidad de transitar por diferentes regímenes no necesariamente secuenciales, con la posibilidad de salidas preparatorias como paso previo inmediato al cumplimiento de la sanción.

#### 4.1) Ley 24660

La ley de Ejecución de la pena privativa de libertad se adscribe claramente en el marco del proyecto normalizador, disciplinario y correccional de la prisión moderna<sup>620</sup>.

Veamos:

---

a) Régimen Abierto: se caracteriza por la aplicación exclusivamente de métodos de autogestión para aquéllos que hubieren sido incluidos en el mismo. Las dependencias propias del régimen abierto tendrán características habitacionales que garanticen un nivel adecuado de privacidad, careciendo de las siguientes medidas de seguridad: guardia armada uniformada, muros perimetrales u otras formas de contención.

Dentro del régimen se prevén como alternativas en la ejecución de la pena, las formas semi-institucionales con alojamiento en las dependencias, y salidas laborales, educacionales, asistenciales y familiares hasta el tratamiento en la comunidad. También comprende:

1- Prisión Discontinua: permanencia del condenado en el establecimiento por fracciones no menor de 36 horas, procurando que ese período no coincida con los días laborales de aquel.

2- Semidetención: con sus dos modalidades prisión diurna y prisión nocturna. Consiste en la permanencia diaria del condenado en el establecimiento durante la fracción del día no destinada al cumplimiento de obligación familiar, educacional o laboral.

b) Régimen Semiabierto:

Comprende las modalidades amplia y limitada, se caracteriza por la aplicación de programas que permitiendo un adecuado nivel de autogestión por parte de los internos, facilita su interacción dentro de los límites propuestos por el servicio penitenciario.

1- Amplia: albergará a aquellos internos cuyas características personales permitan que sus respectivos programas de tratamiento se desarrollen no sólo en el establecimiento sino también en sus zonas aledañas con mínimos recaudos de control.

2- Limitada: está destinada a aquéllos internos que evidenciando un grado suficiente de adaptación institucional, sean beneficiarios de programas de tratamiento caracterizados por el ejercicio de distintos grados de autocontrol, desarrollados dentro de los límites del área de seguridad de la dependencia que los alberga.

c) Régimen Cerrado: es un régimen de seguridad estricto que comprende la modalidad moderada y severa, caracterizado por la existencia de normas de control, dentro de un ámbito de seguridad que permite la instrumentación de los programas que fueron incorporados al mismo.

1-Moderado: destinado a aquellos internos que a pesar de la dificultad en el mantenimiento de los impulsos, requieren un menor control.

2-Severo: se caracteriza por el predominio del tratamiento individual, siendo indicado para aquellos internos en los que se evidencian manifestaciones de conductas de alta peligrosidad y serias dificultades de convivencia, con riesgo inmediato para sí, o para terceros y para la seguridad del establecimiento.

El Art. 160 prevé la posibilidad de salidas transitorias para cualquiera de los internos incorporados a cualquiera de sus modalidades, ante la proximidad de su egreso.

La movilidad dentro de los distintos regímenes de condenados está regulado en los Art. 95 y siguientes los cuales prevén que el ingreso de los condenados a los diferentes regímenes y modalidades será dispuesto por la Jefatura del Servicio Penitenciario a propuesta de las Junta de Selección en base al informe elevado por el grupo de admisión y seguimiento pero el movimiento, distribución, cambio de régimen y modalidades corresponderá al Servicio Penitenciario, con comunicación al Juez de Ejecución o Juez competente.

No obstante lo dicho, el artículo 100 consagra expresamente la competencia exclusiva del Juez de Ejecución o Juez competente, para autorizar el ingreso al régimen abierto y las salidas transitorias.

En virtud de lo expuesto es sencillo advertir que de manera alguna nos encontramos ante un régimen progresivo, la ley contempla una serie de regímenes no secuenciales, alternativos (en términos de la legislación) a los cuales se accede en función de los resultados arrojados por el tratamiento. De este modo se consagra un sistema de individualización absoluta ANTONINI, P.: Op. Cit, pg 17

<sup>619</sup> Vid. SOZZO, M: Op. Cit, pg 94, BOMBINI G.: “Balance y perspectivas de la ejecución de las penas privativas de libertad en la provincia de Buenos Aires” en *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, N° 17 Bs. As, 2009, pgs.: 301, 376.

<sup>620</sup> Propio de las sociedades disciplinarias. FOUCAULT ya advertía cómo el sistema penal a partir del siglo XIX comienza a centralizarse en el control y la reforma del individuo, mediante lo que se ha llamado proceso de normalización que es definido por Guillermina LÓPEZ como “una regulación de los

El Art. 1 de la Ley de Ejecución penal N° 24660<sup>621</sup> establece que la finalidad de la ejecución penal será “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”, estableciéndose así cuáles son los objetivos que debe perseguir el Estado durante la ejecución de la pena privativa de la libertad y a los que debe estar orientada la actividad de los operadores penitenciarios y judiciales<sup>622</sup>.

La ley 24.660 consagra expresamente el régimen penitenciario progresivo<sup>623 624</sup>.

---

individuos y las poblaciones” que se inserta como “una micropenalidad que en lugar de reprimir y violentar- mecanismos propios del antiguo régimen- corrige, clasifica, delimita, gratifica y sanciona. Un mecanismo silencioso y continuo por el cual los individuos se convierten en cuerpos visiblemente dóciles” Vid. LOPEZ, M. G.: “Discursos de poder: la categoría del anormal en su relación con la penalidad del siglo XIX” en versión web: [www.elseminario.com.ar](http://www.elseminario.com.ar) página correspondiente a la Cátedra de Historia de Psicología de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires. Vid también: FOUCAULT, M: *Los anormales*, curso 1974-75, clases del 8 de Enero al 12 de Febrero de 1975, Ed. FCE, Bs As 2000, Vid también SOZZO, M.: *Metamorfosis...* Op. Cit.

Vid también versión web en: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/sozzo/index.htm>

<sup>621</sup> De manera acorde con las previsiones del: Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, en su art. 10 apartado 3 establece que: “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica*”

Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 5 apartado 6 establece que: “*Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y recaptación social de los condenados*”

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, en sus artículos 55, 57, 65 y 66. En especial es menester tener muy presente el art 57, que reconoce el carácter “aflictivo” de la pena privativa de libertad y que el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación.

<sup>622</sup> ANTONINI, P.: *Sistema Progresivo. Análisis Comparativo ley 24660 y ley 12256*. Univ. Nacional de Mar del Plata. Argentina. (Inédito)

<sup>623</sup> Art. 6: El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible, y conforme su evolución favorable, su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”

<sup>624</sup> El régimen establece cuatro periodos:

a) Periodo de observancia: en este periodo el organismo técnico-criminológico realiza una especie de radiografía del condenado, confeccionando en una ficha criminológica, una serie de datos médicos, psicológicos, etc. Se proyecta y desarrolla su tratamiento, estableciendo las fases, periodos y establecimiento, etc. en el cual se desarrollará.

b) Periodo de tratamiento: la ley sólo dice que puede ser fraccionado en fases. Este segundo periodo, será necesariamente el de análisis del desarrollo del comportamiento y vida del detenido de conformidad a ese “programa” (tratamiento) que ha sido confeccionado en base a su individualidad.

c) Periodo de prueba: éste comprende sucesivamente, la incorporación del condenado a un establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en la autodisciplina, la posibilidad de obtener salidas transitorias, y la incorporación al régimen de semilibertad.

d) Periodo de libertad condicional: es el último periodo, a él tiene acceso el condenado que reúna los requisitos exigidos en el Código Penal (Art. 13 a 17). No obstante la referencia a los informes del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, éstas no tienen carácter vinculante La ley incorpora en la tercera sección del capítulo II una serie de figuras alternativas al encierro carcelario bajo el título “Alternativas para situaciones especiales”. En ella contempla la prisión discontinua (Art. 36), la semidetención (Art. 39, con sus dos modalidades prisión diurna y prisión nocturna) y el trabajo para la comunidad (Art. 50).

La movilidad dentro de los distintos periodos está condicionada, por un lado, al cumplimiento de ciertos requisitos temporales (por ejemplo los establecidos en el artículo 17 para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad), y por el otro, a la calificación de concepto del condenado.



Del sucinto análisis, se observa que la ley 24.660 contempla un verdadero régimen progresivo (con características particulares) al esquematizar una serie de periodos sucesivos durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, a los cuales se va accediendo según criterios temporales y subjetivos.

Una norma que quiebra esta progresividad, está dada por el artículo 7 de la ley, al prever la posibilidad de que el condenado sea promovido excepcionalmente a cualquier fase del período de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente (ésta normativa es propia de un sistema de individualización).

Este tratamiento deberá ser “programado e individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo”. El “régimen penitenciario se basará en la progresividad” hacia menores niveles de restricción de la libertad, estableciendo cuatro periodos diversos –“observación”, “tratamiento”, “prueba”, “libertad condicional”.

En el primer período, el organismo técnico-criminológico deberá realizar “el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y pronóstico criminológico, todo ello se asentará en una historia criminológica, que se mantendrá actualizada”, deberá buscar la colaboración del condenado para “proyectar y desarrollar su tratamiento”, indicar la sección en la que el condenado deber ser incorporado y fijar un “tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización” que se realizará “como mínimo, cada 6 meses” (art. 27).

El período de tratamiento, a su vez, puede ser subdividido en fases que impliquen una “paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena” (art. 14).

El período de prueba implica sucesivamente la incorporación del condenado a un establecimiento o sección regido por el “principio de la autodisciplina”, la posibilidad de obtener salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad -salidas laborales en los días hábiles durante el día- (arts. 15 y 23). Luego de este período de prueba, el condenado puede acceder a la libertad condicional de acuerdo a los requisitos establecidos en el Código Penal (art. 13).

Se establece una regulación detallada de la disciplina: “El interno está obligado a acatar las normas de conducta que, para posibilitar una ordenada convivencia, en su propio beneficio y para promover su reinserción social, determinan esta ley y los reglamentos que se dicten” (art. 79). Las faltas con respecto a estas reglas pueden ser graves, medias

y leves. La legislación sólo establece las graves, dejando a la reglamentación la determinación de las medias y leves. Dentro de las primeras se incluye: “resistir activa y gravemente al cumplimiento de órdenes legítimamente impartidas por funcionario competente” (art. 85). Y dentro de las sanciones a estas faltas se prevé la posibilidad de excluir al condenado de actividades recreativas o deportivas o comunes, suspender parcial o totalmente derechos, asilarlo en su propia celda o en otra -todas estas medidas por lapsos que van entre 10 y 15 días- trasladarlo a otra sección del establecimiento o a otro establecimiento (art. 87). También se prevé legalmente la necesidad de establecer un “sistema de recompensas” para “los actos del interno que demuestren buena conducta, espíritu de trabajo, voluntad en el aprendizaje y sentido de la responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento” (art. 105).

Trimestralmente todo interno deberá ser calificado en cuanto a su “conducta” -en qué medida el condenado observa “las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento” (art. 100)- y a su “concepto” – “la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social” (art. 101). La calificación de la conducta incidirá en la determinación de la frecuencia de las visitas y la participación en actividades recreativas o de otro tipo (art. 103). La calificación del concepto es la “base para la progresividad del régimen” (art. 104).

Se aclara que el trabajo “es una de las bases del tratamiento y tiene positiva incidencia en su formación” (art. 106), que a través de él se “propenderá a la formación y al mejoramiento de hábitos laborales” y a la “capacitación para desempeñarse en la vida libre” (art. 107) y que “estará basado en criterios pedagógicos y psicotécnicos” (art. 112). Se prevé la necesidad de “mantener, fomentar y mejorar” la “educación e instrucción” del condenado y se establece que “La enseñanza será preponderantemente formativa, procurando que el interno comprenda sus deberes y las normas que regulan la convivencia en la sociedad” (arts. 133 y 134). También se señala que el interno está autorizado “a satisfacer las exigencias de su vida religiosa, participando de ceremonias litúrgicas y a tener consigo objetos, libros de piedad, de moral e instrucción de su credo” (art. 154) y se prevé que debe existir en cada establecimiento un “local adecuado” para las prácticas religiosas (art. 155).

Para cerrar esta descripción, la ley también establece que: “Las relaciones del interno con su familia, en tanto fueren convenientes para ambos y compatibles con su tratamiento, deberán ser facilitadas y estimuladas” (art. 168).

Como se observa sin demasiado esfuerzo, todos los componentes del proyecto normalizador-disciplinario-correccional que atraviesa la prisión moderna se encuentran articulados en este texto legal. El ordenamiento referido a la ejecución de la pena en la Argentina aparecía hacia 1996 fuertemente vinculada a esta tradición del “reformismo penitenciario” que responde a la perpetua crisis de la prisión moderna, invirtiendo en el proyecto normalizador, presentado como “su propio remedio”<sup>625</sup>.

Un sistema de premios y recompensas, de acuerdo al “progreso” que en el “tratamiento” efectúe el penado, sometimiento a determinadas reglas asimilables a la domesticación, a la concepción de “enfermedad” que debe curarse, a la disciplina y a la vigilancia. Un sistema de “beneficios penitenciarios” si el preso es dócil, en otras palabras: disciplinado, o para ser más precisos, si deja que lo conduzcan, en su espacio, en su tiempo y en su corporalidad.

## **5) Tratamiento penitenciario en la legislación española**

En fecha 11 de Enero de 2006, el Consejo de Ministros de Europa adoptó Las Reglas Penitenciarias Europeas<sup>626</sup>, tomando como fundamento una serie de instrumentos de Derechos Humanos, entre ellos, la Convención Europea de los Derechos del Hombre con dos principios que sustentan toda la normativa de ejecución de la pena: Principio de reinserción y el Principio de normalización social.

España, en este contexto, se enmarca en la ideología del tratamiento de manera similar que el resto de las legislaciones de occidente. Prevé en el art. 25 de su Constitución:

“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

El Título III de la Ley Orgánica General Penitenciaria (del Tratamiento) establece que el tratamiento penitenciario consistirá en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados” (Artº 59.1) Asimismo establece que el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal, así como subvenir a sus

---

<sup>625</sup> RIVERA BEIRAS, I: *La cuestión carcelaria...* Op. Cit.

<sup>626</sup> Vid.: MAPELLI CAFFARENA, B.: “Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas”. en <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>

necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general (Artº 59.2)

Es decir que el tratamiento está orientado, según la norma, a introyectar en la persona privada de libertad “intenciones y capacidades”. Se procurara una “actitud de respeto hacia ellos mismos y terceros”. Lo que ha sido arduamente criticado por la doctrina, por entender que la norma alude aquí al fuero interno del penado, como si fuese posible transformar el fuero más íntimo de quien ha infringido la norma evidenciando el carácter correccionalista de la legislación española<sup>627</sup> sin embargo, “la ley penal no es un código moral”<sup>628</sup>

El artículo 61 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española establece:

1. “Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos.
2. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tomada en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo”.

Ha sido rescatado por GARCÍA VALDÉS el carácter voluntario del tratamiento, como asimismo señala la ausencia de sanción disciplinaria por no producirse aquella, quedando claro que ningún tratamiento, en palabras de GARCÍA VALDÉS, puede ser impuesto coactivamente al interno<sup>629</sup>.

Este artículo tiene sin duda, como vemos, la particularidad de incluir la participación del interno en su propio tratamiento como así también la obligación de colaborar con el mismo, según la perspectiva del profesor mexicano ZARAGOZA HUERTAS, tal participación tiene esa doble faz: derecho y obligación al mismo tiempo<sup>630</sup>. Lo que implica de por sí una contradicción lógica evidente, pues aunque el interno se niegue a colaborar- ya que como lo dice la norma se trata de un derecho, que por tanto puede ser ejercido o no- por otra parte tiene la obligación de hacerlo.

---

<sup>627</sup> En este mismo sentido Vid. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: “El tratamiento...” Op. Cit.; CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho Penitenciario*, Valencia, 2001, pg. 179

<sup>628</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: “El tratamiento...” Op. Cit, pg 64

<sup>629</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Ed Tecnos, Madrid, 1982, pgs. 195, 197.

<sup>630</sup> Vid. ZARAGOZA HUERTAS, J.: “El tratamiento penitenciario español. Su aplicación” en *Letras Jurídicas. Revista Electrónica de Derecho* N°3. Versión Web en: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/inicio/anteriores.htm>

En el artº. 62 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, instaura los principios inspiradores del tratamiento penitenciario

- a) Se basará en el estudio científico de la personalidad (carácter, aptitudes, actitudes, etc...) que se recogerá en el protocolo del interno.
- b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial.
- c) Será individualizado.
- d) Complejo (pluridisciplinar).
- e) Programado.
- f) De carácter continuo y dinámico (según la evolución).

Estos principios tienden, según la normativa española, a la individualización del tratamiento que “debe consistir en la utilización variable de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales en relación con la personalidad del interno; asimismo, se hace alusión a la utilización de todos los métodos posibles en el tratamiento de los trastornos de la conducta, desde el punto de vista psicológico y de las ciencias sociales, métodos que están restringidos en algunas ocasiones a la voluntariedad del interno”<sup>631</sup>.

Un dato muy importante: el tratamiento es evolutivo y puede ser regresivo, dependiendo de sus objetivos. El tratamiento, sostiene ZÚÑIGA RODRIGUEZ, no es estático, sino cambiante, en atención al logro de los objetivos propuestos<sup>632</sup>.

El ordenamiento español, instituye al mismo tiempo una ejecución individualizada del mismo<sup>633</sup>. Se funda en un sistema de individualización científica dividido en grados. El mencionado sistema atiende a un principio de flexibilidad, el cual implica que no necesariamente deban cumplirse rigurosamente cada una de las etapas que lo componen. Entendemos que el sistema de individualización científica, al atender al principio de flexibilidad, realmente confirma la voluntad de la normativa penitenciaria española de

---

<sup>631</sup> ZARAGOZA HUERTAS, J: Op. Cit, pg 10

<sup>632</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “El tratamiento...”, Op. Cit., pg. 317.

<sup>633</sup> Clasificación penitenciaria como individualización del tratamiento:

Establece el artículo 63 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:

1. “Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquel. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento”.

potenciar los fines primarios de la pena privativa de libertad, que no son otras que lograr la reinserción social del interno”<sup>634</sup>, afirma ZARAGOZA HUERTAS.

Sin embargo, entendemos que la normativa española apunta exactamente a lo mismo que la argentina, a mantener controlados a presos dóciles.

### **5.1)- La observación de los preventivos**

El sistema español prevé también la observación de los preventivos, a pesar de que los preventivos<sup>635</sup> revisten a su favor la presunción de inocencia, por tanto no debieran ser objeto de “observación” alguna<sup>636</sup>. Tal observación no puede ser de ninguna manera asimilable al tratamiento<sup>637</sup> por el simple motivo de que aún privados de libertad los preventivos no están sentenciados. Efecto favorable alguno produce sin duda, en el cuerpo y la mente de quien se sabe inocente (además, por supuesto, de su presunción de inocencia), y que sin terminar de entender el por qué de su privación de libertad (en el caso que efectivamente lo fuera) deberá además cargar con el enigma estigmatizador de una “observación”.

### **5.2) Progresión y regresión de grados** <sup>638</sup>

---

<sup>634</sup> ZARAGOZA HUERTAS, J.: Op. Cit, pg 13

<sup>635</sup> Establece el artículo 64 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:

1. “La observación de los preventivos se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases la separación o clasificación interior en grupos a que hace referencia el artículo 16, y todo ello en cuanto sea compatible con la presunción de inocencia.

2. Una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda”.

ente a la calidad de procesados en la legislación argentina.

<sup>636</sup> Tal adelantamiento no sería concebible más que en el entendimiento o reconocimiento de que la prisión preventiva es precisamente una pena de prisión anticipada.

<sup>637</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: “El tratamiento...” Op. Cit., pg. 320.

<sup>638</sup> Establece el artículo 65 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:

1. “La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

3. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.

4. Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado.

Con anterioridad, hemos visto que el tratamiento penitenciario en la legislación española reviste el carácter de voluntario, sin que la negativa a someterse a él pueda acarrear alguna sanción disciplinaria, sin embargo éste hecho, es decir su negativa, impedirá la evolución de grado, lo que se traducirá en la imposibilidad de acceder a una situación “más holgada” en prisión. Lo que al menos, es sin duda, una falacia manifiesta en la normativa, es decir, un razonamiento lógicamente incorrecto pero psicológicamente persuasivo, en el fondo nada hay de voluntario allí. Asimismo y en este sentido BAJO FERNANDEZ ha sostenido con razón “La disposición del reglamento español de permitir al interno rechazar el tratamiento reviste un cierto cinismo por cuanto pese a que elimina la posibilidad de sanciones disciplinarias, no puede evitar grandes defectos sobre el recluso (...) si la actitud frente al tratamiento puede decidir que el cumplimiento de la pena se haga en régimen cerrado o de máxima seguridad o, por el contrario en régimen abierto, no creo que honestamente pueda afirmarse que el interno puede libremente rechazar o aceptar el tratamiento”<sup>639</sup> Por otra parte, continúa el autor citado “(...) el tratamiento tiene una lógica interna que exige su imposición coactiva, imposición que si no se hace de forma expresa se consigue por la vía intencionada o no de condicionar ciertos beneficios penitenciarios al tratamiento”<sup>640</sup>, por tanto la voluntariedad no es más que imposición encubierta.

### **5.3) -Beneficios penitenciarios**

El Reglamento Penitenciario establece que sólo se consideran beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional por la realización de actividades laborales culturales u ocupacionales y la solicitud de indulto por la junta de tratamiento.

Se encuentran excluidos de los beneficios como del acceso a la libertad condicional, permisos de salida y el tercer grado quienes purgan condena por delitos de terrorismo, en caso de aplicación del art 78 del CP, como quienes hubieren cometido delitos en el seno de una organización criminal con lo que el criterio pretendidamente resocializador no es más que una ficción.

---

5. Cuando un mismo equipo reitere por segunda vez la calificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la Central de Observación. El mismo derecho corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena”

<sup>639</sup> BAJO FERNANDEZ, M.: “Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad”, *Bases para un Derecho Penal Sustantivo*, Congreso Mexicano de Derecho Penal, México, 1981, pg 99

<sup>640</sup> BAJO FERNANDEZ, M.: Op. Cit, pg 100

Tales hechos constituyen tal y como lo sostiene CERVELLÓ, una nueva punición añadida a la pena por el delito cometido ya que endurece las condiciones del cumplimiento de la condena respecto de otros internos<sup>641</sup>.

La reforma de 2003 se ha traducido en un endurecimiento de las ejecuciones de pena de prisión en general como así también para la clasificación en tercer grado y la libertad condicional.

#### **5.4)- La subordinación de las actividades regimentales a las tratamentales**

Establece el artículo 71 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:

1. “El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.

2. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La Dirección del establecimiento organizará los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación”.

Afirma ZUÑIGA RODRIGUEZ que “el régimen penitenciario (...) no tiene un fin en sí mismo, sino es un medio para el tratamiento. Una cosa es el tratamiento y otra la ejecución. Puede haber casos en que el recluso renuncie al tratamiento o ya lo hayan concluido, pero quedan vigentes las reglas regimentales”<sup>642</sup>.

Según GARCÍA VALDÉS este artículo manifiesta la esencia fundamental del espíritu que impregnó la reforma penitenciaria española, esto es la supremacía del principio de resocialización y reeducación<sup>643</sup>. Sin embargo en palabras del Profesor ZARAGOZA HUERTAS, el principio de prevalencia del tratamiento sobre el régimen no supone concebirlos como dos partes de la actividad penitenciaria completamente independiente, sino que, por el contrario, deben estar convenientemente coordinados<sup>644</sup>. Habiendo establecido el ordenamiento español un sistema de individualización científica<sup>645</sup>.

---

<sup>641</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Los nuevos criterios...” Op. Cit, pg. 16

<sup>642</sup> ZUÑIGA RODRIGUEZ, L.: “El tratamiento...” Op. Cit pg 345

<sup>643</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios...*, Op. Cit., pg. 224.

<sup>644</sup> ZARAGOZA HUERTAS, J.: Op. Cit, pg. 26

<sup>645</sup> El artículo 72 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:



Señala GARCÍA VALDÉS que el apartado 1 del precepto adopta el sistema de individualización científica que parte del fundamental principio de que no hay

---

1. “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en los establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley.

3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos en el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o el entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

6. Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio económico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.

Delitos contra los derechos de los trabajadores.

Delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del Título XIX del libro II del Código Penal.

7. Del mismo modo la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delito de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonios presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades”.

Señala GARCÍA VALDÉS que el apartado 1 del precepto adopta el sistema de individualización científica que parte del fundamental principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad del interno GARCÍA VALDÉS sostiene que el referido artículo alude a los grados segundo y tercero que se cumplirán, respectivamente, en establecimientos de régimen ordinario y abierto asimismo, los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de la Ley Penitenciaria.

El régimen ordinario, contiene a los penados que son clasificados en segundo grado de tratamiento, bien por clasificación inicial, bien por regresión del tercer grado, bien por progresión de grado.

El tercer grado o régimen abierto, según informa GARCÍA VALDÉS, encuentra preceptos concordantes en la legislación comparada que regulan esta modalidad de ejecución, bien con la denominación de prisión abierta, conocida como trabajo en el exterior sin vigilancia, semilibertad, etc., pudiendo citarse las Reglas 63.2 de la Naciones Unidas y 64.2 del Consejo de Europa. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios...*, Op. cit., p. 226

diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad del interno.

GARCÍA VALDÉS sostiene que el referido artículo alude a los grados segundo y tercero que se cumplirán, respectivamente, en establecimientos de régimen ordinario<sup>646</sup> y abierto<sup>647</sup>; asimismo, los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de la Ley Penitenciaria

### **5.5)- El informe pronóstico final: resultados y juicios de probabilidad del comportamiento del interno<sup>648</sup>**

Culminado el tratamiento, los especialistas deberán emitir un informe final de probabilidad de conducta, en cuanto a probabilidad de reincidencia<sup>649</sup>.

Establece el artículo 69 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:

1-“Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas, cuya composición y funciones se determinarán en el Estatuto Orgánico de Funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados”

2- A los fines de obtener la recuperación social de los internos en regímenes ordinario y abierto, se podrá solicitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos”<sup>650</sup>Se ha creado en ese ámbito un órgano especial<sup>651</sup>

---

<sup>646</sup> El régimen ordinario, contiene a los penados que son clasificados en segundo grado de tratamiento, bien por clasificación inicial, bien por regresión del tercer grado, bien por progresión de grado

<sup>647</sup> El tercer grado o régimen abierto, según informa García Valdés, encuentra preceptos concordantes en la legislación comparada que regulan esta modalidad de ejecución, bien con la denominación de prisión abierta, conocida como trabajo en el exterior sin vigilancia, semilibertad, etc., pudiendo citarse las Reglas 63.2 de la Naciones Unidas y 64.2 del Consejo de Europa. GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios...*, Op. cit., pg. 226.

<sup>648</sup> Establece el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española: 1-“Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional”.

<sup>649</sup> Es que pretender pronosticar las conductas humanas se trasluce en la aplicación de corrientes deterministas, que eliminan o al menos dudan de la posibilidad de elección propia del ser humano. Vid. ALARCÓN BRAVO, J.: Op. Cit. pg. 37

<sup>650</sup> La central penitenciaria de observación

Establece el artículo 70 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española:

Sin embargo, el informe pronóstico sobre reinserción social no es emitido ya por expertos o peritos sino por la propia administración penitenciaria (Art 67). Ahora bien, hay un requisito indispensable que debe cumplir el penado para poder acceder a la libertad condicional, (previo pronóstico emitido y elevado al juez de vigilancia penitenciaria) y es la satisfacción de la responsabilidad civil. La buena conducta se valora con la observación del comportamiento del interno, en el ámbito regimental y disciplinario, sin embargo, aunque se hayan cumplido tales extremos, no podrá acceder a la libertad condicional si antes no ha satisfecho, como hemos dicho, el pago del monto que se hubiese dispuesto por responsabilidad civil. Por otra parte, exigir este requisito (el pago) es superfluo y reiterativo, al coincidir con el necesario tercer grado teniendo en cuenta que éste su vez es requisito indispensable para la libertad condicional y por ello quien no ha satisfecho la responsabilidad civil no accede al tercer grado y consecuentemente a la libertad condicional. En el mismo sentido, en el supuesto de terrorismo y delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, el pronóstico de reinserción social exige signos de arrepentimiento y delación, excluyendo en ellos la posibilidad de acceso a la libertad condicional anticipada<sup>652</sup>.

## **6-El encierro y el tratamiento**

El tratamiento al que hemos hecho referencia (en las distintas legislaciones), resulta, cuanto menos contradictorio, pues aún creyendo que éste fuera posible en los términos en que es planteado, resulta inimaginable pensar que pueda dimensionarse a un ser humano en su integridad, física y psicológica en la innatural situación de privación de

---

1. “Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Penitenciaria de Observación, donde actuará un equipo Técnico de especialistas con los fines siguientes:

2. Completar la labor de los Equipos de Observación y de Tratamiento en sus tareas específicas.
3. Resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por el Centro directivo.
4. Realizar una labor de investigación criminológica.
5. Participar en las tareas docentes de la Escuela de Estudios Penitenciarios.
6. Por la central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o los grupos o tipos de aquellos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro directivo”.

Ha sostenido GARCÍA VALDÉS que “El precepto alude, a un ente penitenciario de elite, es decir, a un órgano extraordinariamente cualificado y, al cual se acude en casos específicamente previstos en la normativa penitenciaria. Así, el artículo 70 se ocupa de establecer el objetivo y finalidad de la Central Penitenciaria de Observación cuya importante labor se ve ampliada considerablemente”

<sup>651</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios...*, Op. Cit., pg. 220.

<sup>652</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria” en *Revista de Derecho Penal y Penitenciario*, N° 8, Valencia, 2004, pg. 12

libertad. Sabido es el efecto devastador que produce la prisión en el preso, sus consecuencias desocializadoras en términos de ruptura de los lazos sociales de referencia y sus efectos negativos sobre los allegados que alteran visiblemente el programa jurídico de intrascendencia de la pena <sup>653</sup> Como lo afirma NEUMAN “Amputada la autonomía individual, el encarcelado verá diluida su identidad en el anonimato, soportará el contraste derivado de la imposición de un estándar ético de obediencia o sumisión, se verá forzado a integrarse o adaptarse a una organización grupal artificiosa y admitir una subcultura carcelaria como su grupo de pertenencia, en definitiva se verá arrastrado al proceso de prisionización”<sup>654</sup>. Este proceso de prisionización no es otra cosa que la adaptación al encierro, porque la prisión le enseñará a vivir sin libertad- que se traduce en un estigma indeleble tanto en penas cortas de prisión como con las penas largas- puesto que nadie niega que cuanto más prolongada sea la duración de la pena, tanto más dificultosa resultará el regreso al medio libre<sup>655</sup>. Exámenes clínicos realizados mediante los clásicos test de personalidad, han mostrado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la psique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de éste. Los estudios de este género concluyen que “la posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir”, y que “el instituto penal no puede realizar su objetivo como institución educativa” <sup>656</sup>

Es decir, el privado de libertad, deberá adaptarse a ser una persona distinta, deberá en todo caso buscar una nueva, una distinta forma de ser, deberá transformarse- si desea sobrevivir- en un “buen preso”, mediante lo que se ha llamado proceso de prisionización.

### **6.1) -El proceso de prisionización**

Sabemos que los recintos carcelarios son escenarios lóbregos, cuyos pasillos oscuros son transitados y custodiados por quienes provienen de la misma franja de excluidos. La

---

<sup>653</sup> BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 3ª Edición. Ed. Ariel, Barcelona, 1989

<sup>654</sup> NEUMAN, E.: Prólogo a *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*. Ed. La Rocca, Bs. As, 2002, pg 37

<sup>655</sup> DE LA FUENTE, J. E - SALDUNA, M.: “Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal”, en VV.AA., *Reformas penales*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004, pgs. 40 y 41.

<sup>656</sup> BARATTA, A.: *Criminología...* Op. Cit. pg 194

prisión tiene, un efecto invisibilizador, pero no sólo hace invisibles a quienes no queremos ver, no sólo esconde, la prisión cumple también un rol deteriorante. Es una institución que genera una patología cuya característica más saliente es la regresión, lo que no es difícil de explicar, ZAFFARONI, la describe muy gráficamente “El preso es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto: se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, etc.). Pero la prisión no deteriora por deteriorar, sino que lo hace para condicionar, invade al sujeto con sus requerimientos de rol, implica un verdadero lavado de cerebro, del que incluso forman parte los otros prisioneros que interaccionan con el sometimiento al tratamiento criminalizante”<sup>657</sup>.

La prisionización es un concepto acuñado por CLEMMER<sup>658</sup>; KAUFMAN nos dice que: “En comparación con la asimilación de una nueva cultura, con su proceso de penetración mayor o menor medida inconsciente, el proceso de prisionización tiene un curso diferente: empieza con la pérdida repentina del estatus al entrar al establecimiento, que convierte al preso en nada, en un número, y continúa con el aprendizaje del rango del nombre de los funcionarios de ejecución y la experiencia sobre la significación del funcionamiento del establecimiento. Finalmente el preso aprende todas las costumbres del establecimiento. Después de un tiempo aparecerán la comida, la vestimenta y las otras cosas necesarias como algo que le debe al establecimiento, con lo cual se ha alcanzado un punto decisivo de la prisionización. Luego el interés se dirige hacia un buen trabajo. De este modo el preso se compenetra tan profundamente de la cultura carcelaria, que es incapaz más tarde de vivir en libertad con otros individuos”<sup>659</sup>.

El profesor PINTO QUINTANILLA ha sostenido que hay un doble proceso de hacinamiento en prisión: el hacinamiento físico que hace referencia a la imposibilidad de disponer de un espacio necesario y el hacinamiento psicológico que se refiere a la permanente compañía de los otros sin quererlo y la imposibilidad de estar solo (a menos que haya mediado un castigo) en algún momento<sup>660</sup>.

---

<sup>657</sup> ZAFFARONI, E. R.: *En busca...* Op. Cit. pg. 139

<sup>658</sup> CLEMMER, D.: *The prison community*, New York, 1940

<sup>659</sup> KAUFMAN H.: *Ejecución penal y terapia social*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1979

<sup>660</sup> PINTO QUINTANILLA, J.C.: Op. Cit. pg. 21

Este proceso de prisionización trae para el privado de libertad ciertas consecuencias, pero ¿cuáles son esas consecuencias?, siguiendo al profesor PINTO QUINTANILLA<sup>661</sup>, podemos decir que dentro del contexto de la prisión el preso deja de ser sujeto activo de su situación para convertirse en sujeto pasivo a manos de otros, de una situación que otros deben resolver por él. Esta situación se ve agravada por los problemas derivados de su ingreso en prisión como son los problemas familiares. Una de las primeras características es pues la impotencia.

El habituarse al mundo de la prisión, lleva al interno a considerarse inferior a las personas libres, cree que su destino está ligado a la marginación y a la prisión, lo que genera un complejo de inferioridad, a lo que debe sumarse la falta de aliciente: el preso es una persona sin esperanza, no encuentra sentido a muchas de las actividades que realiza dentro de prisión, tiene como consecuencia una inconstancia en sus propósitos y voluntades. También se genera una pérdida de la autoestima, pues el preso es una persona que se rechaza y que se condena a sí mismo, lo que va de la mano con el aislamiento social, pues cerrada la puerta de la prisión comienza una nueva vida con una nueva ley, un nuevo código ético y de relaciones entran en acción, en una sociedad diferente de la que está afuera.

Entre los efectos más destacables de la prisionización PEREZ FERNANDEZ y REDONDO ILLESCAS mencionan a los siguientes:

- Un aumento del grado de dependencia de los sujetos encarcelados, debido al amplio control conductual a que se ven sometidos. La mayoría de las decisiones que afectan a su vida diaria le son impuestas, escapando a su propio control. Si evaluamos la “localización del control” (que puede ser interna o externa), consiguientemente, se produciría en ellos un desplazamiento de éste hacia el polo “externalista”.
- Devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima, concebidas como la valoración que el individuo realiza y mantiene respecto de sí mismo. En términos generales, se ha sugerido que el “sistema social informal” de la prisión influenciaría negativamente la autoestima y la autopercepción de los sujetos
- Aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo de los presos que se traduciría en su mayor adhesión a valores carcelarios<sup>662</sup>.

---

<sup>661</sup> PINTO QUINTANILLA, J.C: Op. Cit, pg. 22 y sgs.

<sup>662</sup> PEREZ FERNANDEZ, E- REDONDO ILLESCAS, A: “Efectos psicológicos de la estancia en prisión”, en *Papeles del Psicólogo*, N° 48, Ed. Consejo General de Colegios de Psicólogos de España, Madrid, 1991.

Así, SEGOVIA BERNABÉ nos dice “La cárcel produce la ‘mutilación del yo’, que genera una dependencia absoluta de la institución total que todo lo tiene reglamentado: el sueño, la comida, hasta las relaciones sexuales, como un profundo egocentrismo reactivo”<sup>663</sup>.

Es decir, la prisionización introyecta en el individuo privado de libertad una serie de pautas de convivencia y existenciales, diferentes a la de la sociedad libre, que terminan modificando su personalidad autónoma, por una sometida, hasta en sus aspectos más cotidianos, lazos familiares y afectivos restringidos, tiempo restringido, desplazamiento limitado, luz del sol regulada, educación y recreación como “beneficios” y no como derechos. El interno debe también aprender un nuevo lenguaje- el lenguaje carcelario- para poder evadir el escudriño de los guardias. No sólo se adquieren vocablos, sino incluso “una entonación peculiar y una gesticulación diferente”<sup>664</sup>. Es por ello, que el lenguaje se convierte en otro elemento de exclusión y marginación, pasa a ser una nueva forma de identificación del individuo. De ahí que si la estadía del interno es larga, puede ocurrir lo que se ha denominado “desculturación”; o sea, un “desentrenamiento” que lo incapacita temporáneamente para encarar ciertos aspectos de la vida diaria en el exterior, si es que vuelve a él y en el momento que lo haga<sup>665</sup>.

Se ha comprobado también que se modifican las nociones de espacio de quien ha estado privado de libertad por un lapso de tiempo, el cuerpo experimenta modificaciones en los sentidos, pérdida de la visión, agudización del oído, disminución del olfato. Es que, como bien lo sostiene VALVERDE MOLINA, el preso no sólo vive en la prisión, sino que se ve obligado a vivir la prisión<sup>666</sup> permanente y obsesivamente. El interno se vivencia a sí mismo como débil para mantener unos niveles mínimos de autoestima se ve obligado a autoafirmarse frente a ese medio hostil. Frecuentemente adopta una autoafirmación agresiva, desarrollando una fuerte hostilidad hacia todo lo que tenga alguna vinculación con la institución. Esta autoafirmación agresiva puede deberse a que aquel preso que falle en la integración de la cultura de la cárcel seguirá siendo más criminalizado (por sus propios compañeros), que el preso que llega a estar completamente prisionizado. Otra de las causas de esta agresividad es la necesidad del sujeto de defender su propio yo, lo que le lleva a una exageración del egocentrismo y de

---

<sup>663</sup> SEGOVIA BERNABÉ, J.L.: *Consecuencias de la prisionización*, disponible en [http://www.icam.es/docs/ficheros/200404130003\\_6\\_7.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/200404130003_6_7.pdf) pg. 6

<sup>664</sup> VALVERDE MOLINA, J.: *La cárcel y sus consecuencias*, Ed. Popular, Madrid, 1999, pg. 125

<sup>665</sup> Vid. ARANDA OCAÑA, M: *Efectos psicosomáticos del encarcelamiento*, Inédita.

<sup>666</sup> VALVERDE MOLINA, J.: *La cárcel... Op. Cit.* pg. 60

su agresividad. Unas de las primeras consecuencias que produce el encarcelamiento, son, en efecto, las alteraciones sensoriales:

- En cuanto a la visión: se produce el efecto que se ha denominado como la ceguera de prisión, es decir, dada la permanente ruptura del espacio que producen las ventanas enrejadas, impidiendo la visión a larga distancia, provoca fuertes dolores de cabeza e incluso una deformación de la percepción visual del interno. En este punto también cabría destacar la falta de colores y los grandes contrastes de iluminación que se perciben en el interior de una prisión dada su estructura arquitectónica.
- En cuanto a la audición: debido al hacinamiento que se produce en la mayoría de las prisiones, y la vida en un espacio cerrado, el nivel de ruido es superior al deseado. A pesar de ello, no se puede hablar de fuertes contrastes de ruidos, pero sí de un rumor sordo y constante que retumba permanentemente debido a la estructura arquitectónica de las prisiones. Debe tenerse en cuenta que este efecto no sólo afecta a los internos sino también a los funcionarios que allí trabajan.
- En cuanto al gusto: dada la cantidad de personas que se hacinan en una cárcel, la comida que se sirve en dicha institución tiende a tener siempre el mismo sabor. Ello provoca que la diversidad de sabores que el preso tiene a su disposición sea, más bien, reducida, puesto que sólo tendrá acceso a los productos que pueda comprar en el Economato y a los recibidos por sus familiares (cuando dicha posibilidad se encuentre a su alcance, supuesto que no siempre se da en todos los presos).
- En cuanto al olfato: las personas que habitualmente visiten las cárceles, ya sea como abogados, como familiares, amigos, los propios funcionarios y, sin lugar a dudas, los internos, no desconocen el olor que desprende una prisión. Se trata de un olor característico a desinfectante. Por ello, cuando un preso adquiere la libertad percibe un sinnúmero de olores nuevos, no desconocidos, pero sí olvidados por su estancia en prisión

667

## **7- El impudor del tratamiento**

Como hemos visto, las legislaciones a las que hemos hecho mención, hacen referencia a la implementación del “tratamiento” con una finalidad modificatoria del sujeto objeto del mismo.

---

<sup>667</sup> Cfr: VALVERDE MOLINA, J.: Op. Cit. pg 62.



El Profesor cubano ALARCÓN BORGÉS nos dice con razón “Hay que tener cuidado, pues es común que dentro del guante de terciopelo de la terapia y el tratamiento se esconda la misma garra del hierro del castigo”<sup>668</sup>.

Sin adherir de manera alguna a la ideología del tratamiento, debemos, sin embargo, decir, que resulta al menos poco creíble, que quien ha delinquido, luego de haber transcurrido un largo camino en el que las instituciones sociales, no han sido “capaces” de incluirlo, de tratarlo en el sentido lato de la palabra, sea precisamente la institución penitenciaria, el brazo ejecutor más violento del Estado, quien lleve a cabo y con éxito, la tarea de desplegar sobre él un “tratamiento” que lo devuelva- según las legislaciones penitenciarias que hemos visto- a la sociedad como un ser “corregido”, “adaptado”, y “respetuoso” de los parámetros de convivencia de la sociedad que precisamente lo expulsó primigeniamente. AGUIRRE lo dice con todo el peso de las palabras “Tratamientos o institucionalizaciones cuyos resultados marginalizantes son previsibles sin margen alguno de error, mientras, en derredor de esta realidad, una constelación de adustas instituciones, nacionales e internacionales, enjambres de criminólogos, psicólogos, juristas, psiquiatras o trabajadores sociales contribuyen con su aporte cotidiano a la reiteración ininterrumpida de reflexiones reversibles, iguales o casi iguales”- generando una verdadera ‘industria del control del delito’ y que nos incluye a casi todos en nuestro margen”<sup>669</sup>.

La objetivación de una delincuencia como sujeto patologizado la hace susceptible de control constante y, al mismo tiempo, autoriza el establecimiento de un sistema de vigilancia perpetua sobre la población: “un aparato que permite controlar, a través de los propios delincuentes, todo el campo social.”<sup>670</sup> La conducta de las personas definida y sometida a escrutinio, neutraliza el desorden<sup>671</sup>.

En las sociedades disciplinarias, estas doctrinas parten de aceptar que el infractor tiene, como hemos visto ya, un componente patológico (sea moral, natural o social) al que hay que transformar. El discurso de las disciplinas es el de la norma: aquellos cuerpos “enfermos” son excluidos del tráfico social para ser intervenidos desde el poder correccional, normalizador, así, las sociedades disciplinarias operan mediante la

---

<sup>668</sup> Vid. ALARCÓN BORGES, R- PEREZ DUHARTE, A.: “Por los nuevos predios del tratamiento penitenciario: el trato humano reductor de la vulnerabilidad” en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=16,247,0,0,1,0>

<sup>669</sup> AGUIRRE, E.L.: *Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal*. Univ. Nacional de La Pampa. 2006.

<sup>670</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...*, Op. Cit, pg 287

<sup>671</sup> DELEUZE, G.: *Conversaciones 1972-1990*, Ed. Pre Textos, Valencia, 1990, pg. 279

organización de grandes centros de encierro que actúan como moldes<sup>672</sup> “Esta tecnología gubernamental aspira a singularizarlos para transformarlos en ‘dóciles y útiles’: “La disciplina aumenta las fuerzas del cuerpo (en términos económicos de utilidad) y disminuye esas mismas fuerzas (en términos políticos de obediencia) Esta ‘forma general de la dominación’ emergió en hospitales, fábricas, cuarteles y escuelas, operando detalladamente sobre la distribución de los individuos en el espacio y la delimitación de funciones y jerarquías, la organización del tiempo y de cada gesto que compone una actividad, la ordenación de una formación a través de la cual el cuerpo es transformado en sujeto. Para ello combina incansablemente los procedimientos de la ‘vigilancia jerárquica’, la ‘sanción normalizadora’ y el ‘examen’”<sup>673</sup>, como hemos podido ver más detalladamente supra.

En los albores del siglo XXI, el significado de las instituciones de encierro sigue siendo una invitación a mantener tajante la división entre lo normal y lo anormal, entre el integrado y el desintegrado, entre el loco y el sano, entre el niño y el menor, entre el delincuente y el buen ciudadano. Categorizaciones que si bien expresan el dualismo constitutivo de la sociedad occidental, queda demostrado que se inscriben en la herencia del pensamiento medieval<sup>674</sup>. En definitiva, nos encontramos ante un tratamiento diferenciado que tiende a la transformación o neutralización de la personalidad del condenado, ya sea como sostiene FERRAJOLI, con la ayuda del sacerdote, ya sea con la del psiquiatra, “(...) y consiguientemente se resuelve, en la medida que el tratamiento no es compartido por el condenado, en una aflicción añadida a su reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión de su libertad física o exterior, que es propia de la pena privativa de libertad”<sup>675</sup>. En este sentido la prisión se constituye en el brazo ejecutor de un modelo normalizador-correccionalista, que como lo ha sostenido el Profesor de la Universidad de Roma FERRAJOLI “Por diferentes que sean sus matrices ideológicas, todas estas orientaciones miran no tanto al delito como a los reos, no a los hechos sino a sus autores, distinguidos por características personales antes que por su actuar delictivo. En esa perspectiva, el derecho penal no se usa sólo para prevenir los delitos; se utiliza también para transformar personalidades definidas como desviadas de acuerdo con proyectos autoritarios de homologación o,

---

<sup>672</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...*, Op. Cit, pg. 32

<sup>673</sup> SOZZO, M.: Op. Cit.

<sup>674</sup> SIERRA, M. F.: “La cuestión social aislada. Notas sobre las prácticas de encierro en el abordaje social” en *La cuestión social*. Ed. Colifata Buenos Aires, 2005.

<sup>675</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y...* Op. Cit 275

alternativamente, de neutralizarlas mediante técnicas de amputación y saneamiento social<sup>676</sup>.

La prisión se constituye así en el paradigma de la sociedad disciplinaria, consolidada como tal a fines del siglo XIX, esgrimiendo como finalidad declarada la “corrección del criminal”<sup>677</sup> y es desde entonces, hacia esa corrección, donde se dirigen las distintas prácticas sobre la conducta del privado de libertad previstas en los ordenamientos que regulan el denominado “tratamiento penitenciario”, tal y como hemos podido observar y constatar en los apartados anteriores.

Como bien ha mostrado FOUCAULT “se difunden desde inicios del siglo XIX argumentos críticos acerca de que la prisión no sólo no reduce las tasas de criminalidad sino que produce reincidencia, ‘fabrica’ criminales a través del encierro, en función de sus características -existencia aislada contra-natura, trabajos inútiles, coacciones violentas, contagio de los más jóvenes por los más viejos”<sup>678</sup>.

Sin embargo, hemos transcurrido hacia la sociedad de control, y aunque se mantiene la finalidad “resocializadora”, la prisión no es más que el muro de contención o una forma de control más en el enmarañamiento de las complejidades de los sistemas punitivos postdisciplinarios.

De manera que quienes habitan las cárceles son precisamente aquellos que han poblado su geografía históricamente. Sin embargo, los instrumentos legales prevén como finalidad del encierro, la “rehabilitación” la “reinserción” como ya lo hemos comprobado, y así, como sostiene BAUMAN, la intención de “rehabilitar”, “reformular”, “reeducar” y devolver al rebaño la oveja descarriada se apoya a lo sumo de boquilla; cuando así sucede, se ve contrarrestada por un coro enfurecido que aúlla pidiendo sangre, con los principales diarios sensacionalistas en el papel de directores y los dirigentes políticos entonando todos los solos. Explícitamente, el propósito esencial y tal vez único de las cárceles no es tan solo cualquier clase de eliminación de residuos humanos, sino una destrucción final y definitiva de los mismos”<sup>679</sup>.

## 8) Tratamiento, seguridad y custodia

---

<sup>676</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y...* Op. Cit. pg. 265

<sup>677</sup> SOZZO, M.: Op. Cit.

<sup>678</sup> SOZZO, M.: Op. Cit

<sup>679</sup> BAUMAN, Z.: *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*, Ed. Paidós, Buenos Aires. 2005, pgs 113 y 114

En este contexto, el preso deberá “pasar el tiempo” intramuros, la presencia de asistencia psicológica, que le ayuden a sobrevivir al encierro, se constituye en una verdadera ilusión, así SEGOVIA BERNABÉ, haciendo referencia al informe del año 1999 de la *Asociación pro derechos Humanos de España* nos dice “Prima claramente, una vez más, la seguridad y la custodia (...) Es igualmente preocupante la exigua proporción entre la población reclusa y el número de plazas en los talleres (...) Parecen más destinados a conseguir posibles beneficios económicos para la institución y para la empresa que encarga los trabajos que para la reinserción. Diversos equipos de educadores comentan, que la educación como parte fundamental del tratamiento es una de las facetas menos priorizadas; las bibliotecas son meros depósitos de libros. Las actividades deportivas, aunque escasas son mayoritarias en comparación con el resto de actividades. Finalmente, el acceso a un destino auxiliar es muy complicado”<sup>680</sup>.

La realidad de las prisiones es abrumadora, tan cierta y evidente que no puede ocultarse ni redimirse con un pretendido discurso renovado solamente en años, e insostenible ya por el mismo peso de su ruina. Basta con echar un vistazo “intramuros”. Quien haya visitado una prisión, sabe que los hechos se alejan definitivamente de las palabras con una contundencia feroz:

¿Qué tiene que ver el “sueño” del diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento construido desde el paradigma de la criminología clínica positivista, con la práctica, en la que el gabinete criminológico sólo se encuentra con el preso una vez a las pocas semanas de su ingreso y luego no vuelve siquiera a verlo durante meses e incluso años, contestando a los diversos requerimientos de evaluación mediante la consulta de documentos producidos por la misma administración penitenciaria?, como se pregunta SOZZO ¿Qué tiene que ver el trabajo soñado como herramienta fundamental de la “corrección del criminal”, con las tareas de limpieza de un aula o de una capilla que son encomendadas como trabajo “remunerado” o con la explotación laboral que se produce en las prisiones actuales? ¿O la educación, también soñada como herramienta fundamental de la “corrección del criminal”, con una escuela que funciona pocas horas durante el día, que muchos días hábiles no lo hace en función de la preocupación por la seguridad, en la que para asistir es preciso tener buena “conducta” tal como es evaluada por la administración penitenciaria y en la que no hay materiales de estudio?<sup>681</sup>

---

<sup>680</sup> SEGOVIA BERNABÉ, J.L.: Op. Cit, pg 8

<sup>681</sup> SOZZO, M.: Op. Cit. pg 67

La prisión es un medio de destrucción de la personalidad, es precisamente un modelo de despersonalización. En este contexto, el denominado “tratamiento” se constituye en un mero conductismo, en una manipulación de la conducta del individuo administrada ni siquiera por quienes forman parte del equipo interdisciplinario que procura la supuesta resocialización del preso, sino por la arquitectura misma, por la violencia asumida e impuesta, por la imposición de estándares de disciplina, que tenderán a convertirlo ni más ni menos que en un buen preso. Así, y tal como lo afirma ALARCÓN BORGES “ (...)esta interiorización es inversamente proporcional a las chances de reinserción en la sociedad libre, se han examinado desde el punto de vista de las relaciones sociales y de poder, de las normas, de los valores, de las actitudes que presiden estas relaciones, así como también desde el punto de vista de las relaciones entre los reclusos y el personal de la institución penal.” Bajo este doble orden de relaciones, el efecto negativo de la ‘prisionización’ frente a cada tipo de reinserción del condenado se ha reconducido hacia dos procesos característicos: la educación para ser criminal y la educación para ser buen detenido<sup>682</sup>.

El preso deberá ser dócil, adaptarse, no quejarse, asumir su calidad de “interno”, será la única manera de “no tener problemas” y conseguir algunos beneficios- que en realidad son derechos- pero solamente podrá acceder a ellos si colabora para ese fin con su “buena conducta” o simplemente se adecua forzosamente a su nueva condición.

No puede sostenerse ya un concepto correccionalista, expiacionista, moral o pedagógico de tratamiento alguno.

Coincidimos con ZAFFARONI en que es necesario proponerse fines realistas, serios, concretos, en principio, admitiendo que la prisión tiene efecto deteriorante, pero que algún trato es menester deparar a quienes están presos, es lógico plantearse aquéllos que disminuyan hasta donde sea posible esta característica estructural de la vida carcelaria “(...)El eje del discurso penitenciario saldría del tratamiento para pasar al trato: el penitenciarismo debe enfrentarse a una masa de personas que están institucionalizadas en condiciones estructuralmente deteriorantes. El primer requisito del trato es su humanidad (trato humano), que significa garantizar su supervivencia y seguridad, tanto como la integridad física y psíquica de la persona.”<sup>683</sup>.

---

<sup>682</sup> ALARCÓN BORGES, L-PERÉZ DUHARTE: Op. Cit. pg 89

<sup>683</sup> ZAFFARONI, E.R.- ALAGIA A.-SLOKAR A.: *Derecho Penal...* Op. Cit.935

## **CAPITULO V**

### **PRISIÓN PREVENTIVA**

#### **1-De Su uso y abuso**

Con los instrumentos que tenemos en mano, nos hallamos en condiciones de abordar a la prisión preventiva. Es necesario tomar un capítulo de esta investigación con ese fin, porque, como hemos dicho en la introducción de este trabajo, si bien es considerada un instituto procesal, lo cierto es que como veremos, se hace de ella no sólo uso (que ya de por sí y, al margen de su justificación teórica, constituye una contradicción con principios de raigambre constitucional tan basales como el de inocencia, por ejemplo) sino y lo más grave se hace un abuso de tal instituto. Su contenido es altamente criminógeno y sus efectos devastadores.

La prisión preventiva constituye una fase del proceso ordinario y es decidida por un juez. Así, en razón de sus presupuestos, de sus modalidades y de las dimensiones que ha adquirido, se ha convertido en el signo más evidente de la crisis de la jurisdiccionalidad, de la administrativización tendencial del proceso penal y, sobre todo, de su degeneración en un mecanismo directamente punitivo, ha sostenido con acierto FERRAJOLI. Así “La prisión preventiva obligatoria es verdaderamente una contradicción en sus términos. Debería tratarse de una medida absolutamente excepcional y acotada. Si la prisión preventiva es obligatoria funciona como una pena anticipada y, por lo tanto, totalmente ilegítima”<sup>684</sup>.

Los preventivos también se “suicidan”, también mueren en motines carcelarios, también son objeto de violencia.

La realidad es abrumadora, los plazos se extienden de una manera vergonzosa, constituyéndose así en una verdadera condena anticipada, en la cara oculta de la prisión ejecutada, en todo caso, en la otra cara de una misma moneda.

La analizaremos en el presente capítulo, sin extendernos en demasía sobre ella, tratando de no exceder nuestra delimitación conceptual primera.

#### **2-Concepto**

---

<sup>684</sup> FERRAJOLI, L: *Derecho...* Op. Cit, pg 230

En la concepción jurídica de CARRARA, la detención preventiva, además de la función de “coerción procesal”, en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de “anticipar el efecto intimidatorio de la pena”, que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos<sup>685</sup>. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente “durante el largo período del terrorismo italiano”, como lo llama el profesor IPPOLITO, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de “dar seguridad a la colectividad”, asignándole un carácter de “sedante social” frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar<sup>686</sup>.

La prisión preventiva o provisional ha sido conceptualizada por el profesor argentino ZAVALETA como “(...) una medida precautoria de índole personal que crea al individuo en el cual recae, un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, y que es decretada por juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado como partícipe en la comisión de un delito reprimido con una pena privativa de libertad, con el único objetivo de asegurar su presencia a juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena”<sup>687</sup>.

También ha sido conceptualizada como “La medida privativa de libertad, impuesta excepcionalmente al presupuesto responsable de un delito grave, en virtud de un mandato judicial, en virtud de un mandato judicial, antes del pronunciamiento de una sentencia firme”<sup>688</sup>.

Es decir entonces que, la prisión preventiva, al menos “oficialmente”, es una medida cautelar de carácter personal, que reviste trascendental importancia por tratarse de una disposición que afecta por un tiempo prolongado la libertad del imputado, aunque se trate de una medida fundada y prevista legalmente, su naturaleza la hace particularmente gravosa.

---

<sup>685</sup> IPPOLITO, F: “La detención preventiva” en *Revista de Derecho Constitucional* N° 19, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997, pág. 18. Vid. también: SÁNCHEZ ROMERO, C.: *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, Centro de Información y Jurisprudencia, Costa Rica, 2003.

<sup>686</sup> IPPOLITO F.: Op. Cit, pg 24

<sup>687</sup> ZAVALETA, A.: *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Ed. Arsayu, Buenos Aires, 1954, pg 78

<sup>688</sup> RODRIGUEZ, J.: “La detención preventiva y los derechos humanos” en *Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1981, pg. 14

### 3-La prisión provisional en España

La prisión provisional se encuentra regulada en los artículos 502 a 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como todas las medidas cautelares personales supone una privación de la libertad, pero por ser más gravosa que el resto debe ser aplicada con especial cuidado; por ello, el Consejo de Europa ha señalado en repetidas ocasiones los principios sobre los que debe inspirarse: no es obligatoria; tiene un carácter excepcional por lo que deberá acordarse como "*ultima ratio*," cuando sea estrictamente necesaria atendiendo a las especiales circunstancias del caso; y en ningún caso, acota el Consejo de Europa, se puede aplicar con fines punitivos.

La prisión provisional y la detención presentan la nota común de constituir una privación de la libertad individual de la persona, pero tienen importantes diferencias; entre otras: la detención es de corta duración (máximo setenta y dos horas), mientras que la prisión puede persistir todo el tiempo que dure el proceso en tanto que las causas que la motiven no desaparezcan; la detención puede llevarla a efecto cualquier particular, autoridad o agente de la policía judicial, mientras que la prisión requiere siempre la resolución de un órgano jurisdiccional que la acuerde<sup>689</sup>.

Para decretar la prisión provisional será necesario que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que conste en la causa un hecho que revista los caracteres de delito (art. 503. 1ª Ley de Enjuiciamiento Criminal). De la misma se deduce que no procede la medida en caso de faltas.
- b) Que la pena que corresponda aplicar al imputado sea superior a la de tres años de prisión (art. 503, 2ª primer inciso).
- c) Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión (art. 503. 3ª)

El hecho de que el legislador haya establecido estos criterios generales, no quiere decir que se deban aplicar con carácter automático desde el momento en que se aprecie su

---

<sup>689</sup> Vid. LOPEZ RUBIO, C-ROSAS LOZANO V- TORRES MARTIN, L- ARANDA VICO, J.: "La prisión preventiva", en *Boletín Criminológico*, Ed. Instituto Interuniversitario de Criminología. Málaga, 1996



conurrencia, acordando, en consecuencia, la prisión provisional. El órgano jurisdiccional podrá tomar en consideración otras circunstancias para decidir sobre la procedencia o no de la medida:

a) Si el delito tiene señalada pena superior a tres años de prisión, cuando el inculpado carezca de antecedentes penales, o estos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción, no podrá decretarse la prisión provisional y sólo la libertad del inculpado con fianza (art. 504 párrafo II LECr.).

b) Si el delito tiene señalada pena de tres años de prisión o inferior, no procede la prisión provisional, salvo que el juez la considere necesaria atendiendo a las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos y mientras esas circunstancias subsistan (art. 503. 2ª).

c) Con independencia de la gravedad de la pena previsible, procede la prisión provisional si el imputado no comparece, sin motivo legítimo, a una citación que le hubiera cursado el órgano jurisdiccional que conoce de la causa (art. 504 párrafo I), aunque se haya concedido la libertad por transcurso de los plazos máximos previstos para la prisión provisional (art. 504 párrafo VIII).

El efecto fundamental de la prisión provisional es la privación de libertad del sujeto afectado por la medida, de acuerdo con alguno de los regímenes que se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley General Penitenciaria (debe tenerse en cuenta, que tal y como dijimos, la situación jurídica del detenido provisionalmente coincidirá con la del que está sujeto a prisión provisional). Podemos diferenciar hasta tres tipos distintos de regímenes:

a) **La prisión comunicada** es la situación ordinaria, aplicable siempre que no concurren las circunstancias que presuponen la adopción de uno de los dos regímenes que se explican a continuación. Esta modalidad supone el reconocimiento al preso y al detenido de unos derechos establecidos por ley, que deberán respetarse desde el primer

momento de la detención: que la prisión se haga del modo menos perjudicial para su persona, reputación y patrimonio; a ser informado de los hechos que se le imputan y de las razones de su privación de libertad; a guardar silencio; a no declarar contra sí mismo; a designar, ser asistido y entrevistarse con su abogado; a que se ponga en conocimiento de terceros el hecho y el lugar de su privación de libertad; a ser asistido por un intérprete; a ser reconocido por el médico forense (art. 520 LECr.). También tiene derecho a procurarse las comodidades y ocupaciones compatibles con sus situación (arts. 522 LECr. y 29 LOGP); a ser visitado y a comunicarse de forma oral y escrita (arts. 523 y 524 LECr. y 51 a 53 LOGP).

b) **La prisión incomunicada** se puede acordar si existe un peligro de que puedan alterarse las fuentes de prueba, por ejemplo indicando el imputado a terceras personas cómo deben manipularse para ajustarlas a la versión de los hechos que realice en sus declaraciones (art. 506 párrafo I). Esta modalidad supone la restricción de ciertos derechos del preso y del detenido, fundamentalmente los que le permiten un contacto con el exterior, con el objeto de evitar que se ponga en peligro la investigación o en términos del artículo 507 LECr. para evitar la "*confabulación*": el incomunicado sólo podrá asistir a la práctica de diligencias, cuando su presencia no desvirtúe el objeto de la investigación (art. 506 párrafo II LECr.); la utilización de libros y efectos personales así como la recepción y remisión de correspondencia se condicionan a la autorización judicial y a la adopción de medidas precautorias (arts 509 a 511 LECr.); el abogado será designado de oficio sin que pueda tener una entrevista reservada con él (art. 520. 6 c LECr.), etc. La incomunicación tiene una duración limitada que por regla general no podrá exceder de cinco días (arts. 506 y 507 LECr.). Una vez puesto en comunicación se le puede volver a incomunicar, sin que pueda en este caso sobrepasar el plazo de tres días.

c) **La prisión atenuada** se regula muy someramente en el artículo 505 párrafo II LECr. Se acordará cuando, por razón de enfermedad del inculpado, el internamiento entrañe grave peligro para su salud, aunque no se determina en qué va a consistir. Como criterio interpretativo se acude a la antigua redacción del artículo 504 LECr. Hecha por una ley de 10 de septiembre de 1931, en virtud de la cual, si el órgano jurisdiccional entendiese que concurren los requisitos de los artículos 503 o 504 LECr. y fuese solicitada la prisión provisional por alguna de las acusaciones, podrá acordar, acreditada la grave

enfermedad, la prisión provisional atenuada, que consistirá en el arresto en el propio domicilio con la vigilancia que se considere necesaria, sin posibilidad de abandonarlo

### **3.1- La realidad española**

Según datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias las cifras de privados de libertad con carácter provisional ascendían en España a un total de 10.038 internos a Diciembre de 2012, sobre un total de tal de 68.597 internos<sup>690</sup>.

La Asociación catalana: “Justícia y Pau”, ha elaborado un informe que ha sido premiado por el Departamento del Interior y Relaciones Institucionales de la Generalitat, dicha investigación ha arrojado resultados contundentes: una quinta parte de las personas sometidas a prisión provisional en España acaban absueltas, proporción que asciende a casi el 80% de los detenidos por terrorismo islamita lo que resulta impropio, como lo ha sostenido IBÁÑEZ, de un Estado democrático. Al año 2009 entre un 21 y 22% de los presos españoles estaban en prisión preventiva, señalando el informe de mención que un 19% de las personas juzgadas habían sido encarceladas provisionalmente en España han acabado siendo absueltas. La proporción se eleva al 80% como veíamos anteriormente en los sospechosos de terrorismo islamita, según datos de la Fiscalía de la Audiencia Nacional recogidos en la investigación, en la última década se ha detenido a 447 personas, casi todas ellas provisionalmente de las que sólo 136 han sido acusadas por la fiscalía y sólo 84 han resultado finalmente condenadas. Respecto al número de detenidos, añade el trabajo, menos de la mitad acaban siendo condenados por un delito relacionado con el hecho que motivó su arresto, aunque a gran parte de ellos se les acabe imponiendo una falta penal, que suele acarrear sólo condenas de multa. Respecto al número de detenidos, añade el informe, menos de la mitad acaban siendo condenados por un delito relacionado con el hecho que motivó su arresto, aunque a gran parte de ellos se les acabe imponiendo una falta penal, que suele acarrear sólo condenas de multa.

Además de los riesgos de los encarcelamientos provisionales injustos, IBÁÑEZ recuerda que los detenidos preventivos no tienen derecho a permisos de salida, libertad condicional u otros beneficios de que disfrutaban los reclusos penados.

---

<sup>690</sup> Vid al respecto:

[http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas\\_mensuales/2012/12/poblacion\\_reclusa\\_por\\_situacion\\_procesal\\_ysexo.html](http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas_mensuales/2012/12/poblacion_reclusa_por_situacion_procesal_ysexo.html)

"Todo ello hace que la detención procesal de larga duración se convierta normalmente en un sistema de pura segregación social sin ningún paliativo", mantiene la investigación tras añadir que son los reclusos preventivos los que concentran el mayor índice de suicidios y autolesiones. Hay una tendencia comprobada, afirma IBÁÑEZ, a aplicar más fácilmente la prisión provisional a extranjeros en situación irregular o que no acreditan un domicilio fijo o estable, presuponiendo a menudo sin ningún fundamento que si no los encarcelan van a eludir la acción de la justicia o que quedaran impunes. Esto en algunos casos puede tener alguna justificación, pero no siempre es así. Por tanto, se trata de un criterio que no es aceptable y es discriminatorio<sup>691</sup>.

#### **4-La normativa argentina**

La Prisión Preventiva se encuentra prevista en el art. Art. 312 de Código Procesal Penal de la Nación argentina.: *El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuando: 1º) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional.*

*2º) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria.*

La prisión preventiva es dispuesta por la autoridad judicial que entiende en el caso, con lo cual el único órgano autorizado a dictarla es el juez.

Son requisitos para disponer la prisión preventiva:

- 1-que sea dictada por juez competente
- 2- que se dicte sobre una persona o personas determinadas
- 3- que al delito o concurso de delitos corresponda pena privativa de la libertad;
- 4- que no proceda condena de ejecución condicional, por lo menos *prima facie*;
- 5- cuando no proceda la libertad provisional.

Varias previsiones se destinan a quienes se les ha dictado la prisión preventiva, tendientes a una mayor individualización de los procesados. Paso previo a la

---

<sup>691</sup> Vid.: "La quinta parte de los presos provisionales termina absuelto" disponible en: <http://www.sociedad/estado/prisin-preventiva-informe-alerta-que-la-quinta-parte-de-los-presos-preventivos-acaban-absueltos-barcelona-27-dic-efe-una-quinta-parte-de-las-personas-sometidas-a-prisin-provisional-en-espaa-ac>

Vid también: <http://www.diagonalperiodico.net/Es-un-agujero-negro-de-la-justicia.html>

individualización de los condenados; así, el artículo 313 del CPPN dispone: Excepto en los casos de prisión domiciliaria (art. 314, CPPN), los que fueren sometidos a la prisión preventiva serán alojados en establecimientos diferentes a los de los penados. Se dispondrá su separación por razones de sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza de delitos que se le atribuye.

Podrán procurar, a sus expensas, las comodidades que no afecten el régimen carcelario y la asistencia médica que necesiten, sin perjuicio de la gratuita que deberá prestarles el establecimiento donde se alojen, por medio de sus médicos oficiales; recibir visitas íntimas periódicas sin distinción de sexo, en las condiciones que establezcan los reglamentos respectivo y usar los medios de correspondencia, salvo las restricciones impuestas por la ley.

Los jueces podrán autorizarlos por resolución fundada a salir del establecimiento y ser trasladados bajo debida custodia, para cumplir con sus deberes morales en caso de muerte o grave enfermedad de algún pariente próximo, por el tiempo que prudencialmente se determine<sup>692</sup>.

#### **4-1)-Prisión Preventiva y las garantías constitucionales**

La prisión preventiva es una medida cautelar y por tanto tiene un carácter excepcional, sin embargo la realidad nos demuestra que lo excepcional, pasó a ser la regla.

Sabido es que la articulación entre el derecho penal, procesal penal y el derecho constitucional ha sido siempre cuando menos precaria, de allí que el ejercicio irrestricto de las garantías constitucionales sea más que necesario en un Estado democrático, con todo, la primera y más notoria razón de las garantías deriva de la necesidad de poner un límite a la violencia evidenciada en la privación de libertad, como medida “precautoria”, aún cuando “la culpabilidad no se encuentra demostrada”<sup>693</sup>.

Paradoja reiterada del derecho penal consiste pues, en que para asegurar ciertos bienes, amenaza y provoca determinados males. Entonces si estos últimos son mayores que los que pretendía evitar se ingresa en una zona calificable de absurda, y de hecho, intolerable para una sociedad<sup>694</sup>. Ya en el siglo XX la privación de libertad se constituía

---

<sup>692</sup>LEVENE, R.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, pg. 79

<sup>693</sup>VAZQUEZ ROSSI, J.: *Derecho Procesal Penal. La realización penal.*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs As, 1998, Tomo I, pg 78.

<sup>694</sup>VAZQUEZ ROSSI, J.: *Op. Cit.*, pg , 49

en el “mal necesario”, en la criticada pero superviviente de entre las penas posibles y también como el medio de custodia procesal por excelencia.

La prisión preventiva está considerada, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como medida de último recurso en los procedimientos penales, por lo que se deberán aplicar lo antes posible medidas alternativas, como disponen el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) de 1990 (regla 6). En este sentido, toda persona sometida a prisión preventiva goza de una serie de derechos específicos<sup>695</sup>, veamos:

a)-*Derecho a la presunción de inocencia*. Aunque abordaremos más en profundidad este principio, debemos decir que el Comité de Derechos Humanos, que controla la aplicación del Pacto Internacional citado, ha sostenido que la privación de libertad durante períodos excesivamente prolongados conlleva a invalidar la presunción de inocencia.

Como bien ha sostenido la profesora argentina CABRERA que “No admitir la inocencia del imputado mientras no haya sentencia firme, sería tan absurdo como pretender que el demandado civil está obligado a pagar antes de la sentencia que declara con lugar la acción cobratoria en su contra, o que el inquilino estaría obligado a desocupar la casa antes de que el arrendatario haya obtenido sentencia favorable”<sup>696</sup>.

Por otra parte, siendo la sanción penal un mal que se inflige al autor de un delito, un castigo, una dosis de dolor<sup>697</sup> así señala CHRISTIE, que la imposición de un mal a un inocente sería un despropósito que contraría totalmente la vocación de seguridad jurídica que persigue el Estado de Derecho y el principio de racionalidad de los actos de gobierno, que es característico del sistema republicano.

Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines solo pueden ser instrumentales.

---

<sup>695</sup> Vid., al respecto, SALADO OSUNA, A.: “Panorama Internacional. Derecho Internacional”, en VV.AA. *Federación Iberoamericana de Ombudsmen Sistema penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*. Madrid, 2007, pg. 35 y ss.

<sup>696</sup> CABRERA, S.: “Pena y Prisión preventiva” en *URBE et IUS Revista de Análisis Jurídico*, Bs As, 2006 pg. 5

<sup>697</sup> CHRISTIE, N.: *Los límites del dolor*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1994, pg 78

Ya lo sostuvo el profesor HASSEMER: “Es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente”<sup>698</sup>

Lo real es que por medio de la prisión preventiva, antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

b)-*Habeas corpus*. Consiste en el derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que éste decida con la mayor brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. También está reconocido en el Pacto (art. 9.4) en el Conjunto de Principios (principio 37) y en las Reglas Tokio de 1990 (regla 6.3).

c)- *Derecho a obtener reparación, en el supuesto de que la prisión preventiva fuese ilegal*. Reconocido en el Pacto Internacional (art. 9.5), de ahí que cuando el Comité constata la falta de indemnización en caso de prisión ilícita, sostenga que los Estados deben adoptar disposiciones para que las víctimas puedan reclamar indemnización.

d)-*Derecho a estar separados de los condenados*, salvo en circunstancias excepcionales, y *derecho a ser sometidos a un tratamiento distinto*, adecuado a su condición de personas no condenadas, según lo prevén las Reglas Mínimas de Ginebra de 1955 (reglas 8.b y 85.1) en el Pacto Internacional (art. 9 y art. 14).

No obstante lo dicho, las personas sometidas a prisión preventiva tienen asimismo reconocidos otros derechos por las Reglas Mínimas de Ginebra<sup>699</sup>: así por ejemplo, dormir en celdas individuales; a alimentarse, si así lo desean, por su propia cuenta, procurándose alimentos del exterior; a usar sus propias prendas personales, siempre que estén aseadas y limpias; si llevan uniforme, que sea distinto del de los condenados; oportunidad de trabajar (de forma remunerada), pero sin estar obligados a ello; a ser visitados y atendidos por propio médico o dentista (reglas 86, 87, 88.1, 88.2, 89 y 91). Además, se reconoce el derecho a todo acusado a que se procure, a sus expensas, libros,

---

<sup>698</sup> HASSEMER, W.: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pg. 105.

<sup>699</sup> Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C ( XXIV ) de 31 de julio de 1957 y 2076 ( LXII ) de 13 de mayo de 1977 El objeto de las reglas no es de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos.

2. Es evidente que debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. Sin embargo, deberán servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas.

periódicos o material de escritura (regla 90), lo que también está previsto en el Conjunto de Principios (principio 28)<sup>700</sup>.

e)-*Derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra la persona incurso en un proceso penal*, reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 10) El “debido proceso legal”, conocido también como “derecho a la tutela judicial efectiva”, como ha señalado FIGUEREO, incluye el derecho al acceso de un abogado, ya sea elegido por el acusado o designado de oficio, derecho al que también hace referencia las Reglas mínimas (regla 93), precisando ambos instrumentos que la comunicación con el abogado sea confidencial, aunque puede ser vigilada visualmente.

f)-*Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, o a ser puesto en libertad*, reconocidos ambos en el Pacto Internacional (art. 9.3). Al respecto, el Comité viene sosteniendo que los Estados deben establecer un sistema efectivo de libertad bajo fianza, y cuando constata que los períodos de prisión preventiva son excesivamente prolongados, recomienda que se dote de más recursos al sistema judicial para poner fin a esta situación.

## **5-Limitaciones a la aplicación de la prisión preventiva**

Ya lo ha dicho el profesor BINDER, las garantías constitucionales no se hicieron para ser estudiadas en los manuales; al contrario, deben formar parte de la conciencia cívica más elemental<sup>701</sup>, es por ello que la prisión preventiva sólo podría tener existencia dentro de ciertos principios constitucionales limitantes que tendrían que formar parte de la conciencia jurisdiccional de quien impone una medida de semejante gravosidad, ellos son:

### **a) Principio de proporcionalidad y prohibición de exceso**

---

<sup>700</sup> A modo de ejemplo, en España, a partir de la promulgación del Reglamento penitenciario vigente, R.D. 190/1996, en desarrollo de la Ley Orgánica, se añade la posibilidad para los preventivos de hacer uso y disfrute de las actividades de todo tipo, que anteriormente únicamente tenían contenido tratamental, con lo que se les facilita la realización de sus intereses personales en materia deportiva, formativa, cultural, etc Vid. SANZ DELGADO, E.: Conferencia “Prisión Preventiva y Derechos Fundamentales”, dictada en el XX Seminario de Derechos Humanos en Monterrey, México, 2007. Inédita

<sup>701</sup> BINDER, A.:Op. Cit, pg. 118.



El principio de proporcionalidad ha sido interpretado en sentido amplio como constituido por tres subprincipios:

1) Necesidad, 2) idoneidad y 3) proporcionalidad en sentido estricto.

En relación con el de necesidad se ha señalado la importancia de que la prisión preventiva sea la última ratio, y por ello contribuye a la búsqueda de medios alternativos que posibiliten sus fines y signifiquen una considerable menor intervención en el derecho fundamental a la libertad. Este principio, también ha sido llamado de “excepcionalidad” y está vinculado con el de “subsidiariedad” cuando se plantea la necesidad de recurrir a medios menos gravosos.

La idoneidad, está referida a la consideración de que la prisión preventiva resulte el medio idóneo para contrarrestar en forma razonable el peligro que se trata de evitar.

La proporcionalidad se ha señalado como una consecuencia del Estado de Derecho y, se le asigna una función garantista frente a la actividad estatal. Deducible también del respeto a la dignidad humana reconocida constitucionalmente.

El principio de proporcionalidad, opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva, que, formalmente aparecería como procedente, pero con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado que se sometiera a la misma<sup>702</sup>.

Opera también como límite racional para permitir el encarcelamiento de un inocente. Su razonabilidad es evidente, pues no sería posible que el fin procesal signifique una privación de derechos más grave para el imputado que la propia pena que se le pudiera imponer.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, también ha sido llamado “principio de prohibición de exceso” y obliga a considerar la gravedad de la consecuencia penal a esperar, de forma tal, que la pérdida de la libertad como consecuencia de la prisión preventiva, sólo sea posible cuando resulta esperable una pena de prisión.

La proporcionalidad se refiere, sin duda, a la comparación entre la detención preventiva cumplida (o a cumplir) y la pena concreta que se pueda establecer en ese procedimiento y para ese imputado<sup>703</sup> pero esta consideración por sí sola resultaría insuficiente, y por ello es también conveniente el establecimiento de límites temporales.

Consecuencias evidentes de la prohibición de exceso vienen entonces a ser, tanto la prioridad de aplicar medidas menos lesivas que pudieran igualmente asegurar los fines

---

<sup>702</sup> BINDER, A.: Op. Cit, pg 278

<sup>703</sup> ROMERO, C.: *La prisión Preventiva en un Estado de Derecho*, Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 2001, pg 167.

de la prisión preventiva, como el establecimiento de límites precisos y controles a su duración.

**a.a) Temporalidad.-** La medida cautelar sólo puede adoptarse estando pendiente el proceso principal y tiene una duración limitada en el tiempo. Ha dicho el Profesor BINDER: “Toda persona sometida a un proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes”<sup>704</sup>.

#### **a.b) Presunción de inocencia**

Íntimamente vinculado al reconocimiento del derecho a la libertad personal se encuentra el “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo: el principio de inocencia. Éste establece que, el Estado considerará que toda persona es inocente hasta tanto se obtenga un pronunciamiento<sup>705</sup> condenatorio firme que destruya tal estado.

---

<sup>704</sup> BINDER, A.: Op. Cit, pg 201

<sup>705</sup> Íntimamente vinculado al reconocimiento del derecho a la libertad personal se encuentra pues el “principio de principios” en materia de encarcelamiento preventivo: el principio de inocencia. Éste establece que el Estado considerará que toda persona es inocente hasta tanto se obtenga un pronunciamiento condenatorio firme que destruya tal estado Ambos derechos están consagrados también en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Cfr. artículos 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). “El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra. La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o a la verosimilitud de la imputación.” MAIER, J: *Derecho Procesal Penal*. Tomo I Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As, 2000 pg. 493. Este principio nos dice, que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en un juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme. “Según se observa, la necesidad emerge directamente de la necesidad del juicio previo. De ahí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso” o que “los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa” BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Alfa Beta, Bs.As. 1993 pg. 196 Como explica BINDER, el principio de inocencia no dice que el imputado sea en verdad inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un “estado de inocencia”. Es por ello que en virtud a esta presunción de inocencia, es el fiscal quien tiene que probar la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. También nos dice este principio que nadie puede ser considerado culpable sino es en virtud a una sentencia, dictada en un juicio La pregunta que surge entonces nuevamente es ¿cómo

Ambos derechos están consagrados también en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional<sup>706</sup>.

“El principio de inocencia exige, entre otras cosas, que el imputado sea tratado como inocente durante la sustanciación del caso penal en su contra. La consecuencia más importante de esta exigencia, que obliga a tratar como inocente al imputado, consiste en el reconocimiento del derecho a permanecer en libertad durante el proceso, y en las limitaciones que necesariamente deben ser impuestas al uso excepcional de la coerción estatal durante el procedimiento penal, sin importar la gravedad del hecho que se le atribuye o a la verosimilitud de la imputación”<sup>707</sup> Este principio nos dice, que toda persona debe ser considerada inocente mientras no se destruya su estado jurídico de inocencia en un juicio, mediante sentencia ejecutoriada o firme. “Según se observa, la necesidad emerge directamente de la necesidad del juicio previo. De ahí que se afirme que el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso” o que “los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aún cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”<sup>708</sup>.

Como explica BINDER, el principio de inocencia no dice que el imputado sea en verdad inocente, es decir, que no haya participado en la comisión de un hecho punible. Su significado consiste en atribuir a toda persona un “estado de inocencia”. Es por ello que en virtud a esta presunción de inocencia, es el fiscal quien tiene que probar la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. También nos dice este principio que nadie puede ser considerado culpable sino es en virtud a una sentencia, dictada en un juicio<sup>709</sup> La pregunta que surge entonces nuevamente es ¿cómo compatibilizar la aplicación de las medidas cautelares, y sobre todo la de la detención preventiva que viola el derecho a la libertad de las personas, con el principio de inocencia?

---

compatibilizar la aplicación de las medidas cautelares, y sobre todo la de la detención preventiva que viola el derecho a la libertad de las personas, con el principio de inocencia? “Históricamente, la llamada -presunción de inocencia- no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta; la admite con carácter excepcional. Por ello, las normas que limitan la libertad personal deben interpretarse restrictivamente puesto que si el imputado goza de un estado de inocencia no se le puede castigar anticipadamente con privación de libertad.” (El derecho a gozar de la libertad personal mientras se sustancia el proceso está consagrado por los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional Argentina)

<sup>706</sup> Cfr. artículos 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9 y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

<sup>707</sup> MAIER, J *Derecho Procesal Penal*, T.I, Ed. Del Puerto, 1996, Buenos Aires, pg. 490

<sup>708</sup> MAIER, J.: Op.. Cit, pg. 493

<sup>709</sup> BINDER, A.: Op. Cit, pg. 196

BINDER ha sostenido con acierto, “La realidad nos muestra, por el contrario, que existe una presunción de culpabilidad y que los procesados son tratados como culpables; que en muchas ocasiones por defectos del procedimiento, la sociedad “*debe dejar salir*”, a pesar que -ya- fueron -condenados- en la denuncia o por los medios de comunicación”<sup>710</sup>.

Si permitiéramos que la imposición de medidas cautelares funcionara como un castigo anticipado al imputado, éste se encontraría en la misma situación que un condenado, pero con la diferencia que nunca tuvo juicio, ni acusación fiscal, que no se produjeron pruebas, pero sobretodo no se respetó su estado de inocencia. Históricamente, la presunción de inocencia no ha tenido como fin impedir el uso de la coerción estatal durante el procedimiento de manera absoluta; la admite con carácter excepcional. Por ello, las normas que limitan la libertad personal deben interpretarse restrictivamente puesto que si el imputado goza de un estado de inocencia no se le puede castigar anticipadamente con privación de libertad<sup>711</sup>.

Desde este punto de vista, el esfuerzo por demostrar que la prisión preventiva no contraría el principio de inocencia, debe dirigirse, necesariamente hacia el aseguramiento de que sus fines sólo pueden ser instrumentales.

Lo real es que si se lucha contra la criminalidad por medio de la prisión se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico.

La privación de la libertad en un Estado de Derecho se fundamenta únicamente como consecuencia de la imposición de una sanción punitiva a través de un juicio previo, oral y público, sustentado en una ley anterior al hecho que se juzga, llevado a cabo por el juez natural y al amparo de todas las garantías constitucionales que se reconocen al imputado<sup>712</sup>.

Entre los efectos que se desprenden del principio inocencia —juicio previo, *in dubio pro reo*, *onus probandi*— cobra especial relevancia el derecho del imputado a ser tratado como inocente mientras dura el proceso y, por ende, a permanecer en libertad. En consecuencia, de la vigencia de estos principios y derechos se derivan reglas y exigencias específicas para los Estados que determinan, por un lado, los *requisitos sustantivos* que autorizan la detención preventiva de un inocente, y por el otro, el

---

<sup>710</sup> Cfr. BINDER, A.: Op. Cit, pg. 126

<sup>711</sup> LEDEZMA, R.: *Política criminal y derecho penal*, Ed. ETI, 2001, La Paz, pg. 11

<sup>712</sup> El derecho a gozar de la libertad personal mientras se sustancia el proceso está consagrado por los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional Argentina.

*necesario control judicial* de esos requisitos. Estas reglas son entonces las siguientes: el principio de inocencia, la excepcionalidad de la detención previa a una sentencia de culpabilidad, la finalidad procesal de la sujeción cautelar, la necesidad de verificación judicial del peligro procesal en el caso concreto, y la exigencia de proporcionalidad de la medida de cautelar (específicamente los artículos 7.5 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hacen referencia a la detención preventiva). En definitiva, la legitimidad del Estado para disponer el encarcelamiento de una persona antes de un fallo condenatorio sólo puede ser *excepcional*, y posible para garantizar los fines procesales que deben verificarse en cada caso para proceder al encierro.

## **6- La Garantía del Plazo Razonable**

La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su art. 7 –5 que “ Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y *tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o ser puesta en libertad* sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Aquí es donde se plantea la necesidad de determinar qué debe entenderse por plazo razonable. Los profesores argentinos RIQUERT y JIMÉNEZ<sup>713</sup> entienden que es conveniente recordar lo sostenido por la Corte Europea de Derechos Humanos, al interpretar lo que debe entenderse por “plazo razonable”, habiendo asumido tal Tribunal que resulta imposible traducir este concepto en un número de días, de semanas, de meses o de años, haciendo alusión específica al caso “HÖGMULLER” donde se establecía que la razonabilidad carece de límites precisos, se trata de una noción de índole valorativa, por tanto notoriamente imprecisa, que depende de las circunstancias del caso.

Asimismo, en el ámbito europeo BARONA VILAR sostiene que “El fijar unos límites máximos, el aumentarlos o disminuirlos, es atar de pies y manos a los órganos jurisdiccionales y no supone la solución a las graves injusticias que pueden cometerse a través de la prisión provisional (...) no tiene ningún sentido el fijar límites a la misma,

---

<sup>713</sup> RIQUERT, E.-JIMÉNEZ, E.P.: Teoría... Op. Cit. pg. 79

transcurridos los cuales, el sujeto sometido a ella deba ser puesto en libertad. Científicamente nos parece inadmisibles la posibilidad de desvirtuar la prisión provisional, su naturaleza cautelar, estableciendo plazos legales limitadores de la misma, pero no podemos sino aceptar la existencia de tales plazos con el fin de evitar una prisión provisional indefinida que pudiera suponer la objetivación del hombre, la quiebra de todos los derechos que se le reconocen constitucionalmente y la mayor injusticia que un hombre podría sufrir, al verse privado de libertad y ser declarado con posterioridad inocente”<sup>714</sup>.

A su turno ASENSIO MELLADO, en su obra *Prisión Provisional* entiende la necesidad de que los juicios penales se desarrollen y celebren en un plazo que pueda considerarse razonable. Que el respeto exigido para la efectividad del derecho a la libertad requiere, en primer lugar, de un proceso con todas las garantías y en todo caso sin dilaciones indebidas. En la medida que ello no sea así, la prisión provisional habrá de quedar limitada a los casos y en el tiempo absolutamente necesario para el cumplimiento de las funciones que le están asignadas<sup>715</sup>.

En el ámbito americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en opinión consultiva del 28 de Agosto de 2002 “Instituto de menores v. Paraguay” (referente a la situación de los menores detenidos en condiciones agravantes en Paraguay) manifestó que “La prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática” y consideró que “(...)la prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el art. 7-5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios generales del derecho universalmente reconocidos.” Asimismo entendió que era necesario conocer las particularidades de la aplicación de la prisión preventiva en cada caso concreto para poder determinar si se habían cumplido los extremos señalados por el art. 7 de la Convención.

---

<sup>714</sup> BARONA VILAR, S: *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, Ed. Bosch Barcelona, 1988, pg. 127.

<sup>715</sup> ASENSIO MELLADO, J.M.: *La prisión provisional*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pg. 78

En el caso “FIRMENICH” la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 13 de Abril de 1989, se pronunció en el sentido de que “(...) en lo referente al plazo razonable, no es posible establecer un criterio in abstracto de este plazo. En este caso la Comisión acoge el punto de vista de que el Estado parte aludido no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias (...) La excarcelación de los detenidos en las condiciones como las que se encuentra FIRMENICH no puede ser concedida sobre el plano de una simple consideración cronológica de años, meses y días, quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de “la gravedad de la infracción” en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”<sup>716</sup>.

## **7) Las leyes argentinas 24390 y 25430**

El ordenamiento jurídico argentino presenta la peculiaridad de que la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido incorporada con rango constitucional a partir de la reforma de 1994 en el art. 75 inc.22. A raíz de esa incorporación (aún cuando el país ya había ratificado el Pacto de San José a través de la ley 23.054/83), la aludida normativa adquirió carácter operativo con todas sus implicancias en lo que concierne también al plazo de razonabilidad de la prisión preventiva.

Como consecuencia de la integración al ordenamiento argentino del Pacto de San José de Costa Rica, se sancionó la ley 24390 reglamentaria del art. 7 punto 5 de la Convención. Ésta ley establecía los plazos de la prisión preventiva, modificaba el art 24 del Código Penal (que reviste el carácter de ley de fondo con vigencia en todo el territorio de la Nación, ya que la República Argentina, constituye un Estado Federal.)

Dicha ley establecía como plazo máximo de la prisión preventiva 2 años, transcurridos los cuales debía computarse por cada día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión<sup>717</sup>.

Así es que el legislador argentino entendió que la razonabilidad del plazo de prisión preventiva debía traducirse en dos años, prorrogables por uno más siempre que la complejidad de la causa lo hubiera justificado y por resolución fundada. Asimismo en su art. 10, excluía del ámbito de su aplicación a los supuestos vinculados con el tráfico de estupefacientes.

---

<sup>716</sup> Vid al respecto: [http://www.corteidh.or.cr/bus\\_temas.cfm](http://www.corteidh.or.cr/bus_temas.cfm)

<sup>717</sup> Esta previsión fue la que más resistencia encontró en el seno de la sociedad.

Esta ley generó un arduo debate. La cuestión más seria giró en torno a su constitucionalidad, puesto que parte de la doctrina y de la jurisprudencia entendió que regulaba materia procesal, reservada a la esfera provincial, y que por lo tanto violentaba las autonomías locales siendo en consecuencia inconstitucional. Un enjundioso fallo dictado el 25 de Enero de 2001 por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, se pronunció por la constitucionalidad y la aplicabilidad de la ley en el fuero provincial<sup>718</sup>.

La resistencia de los jueces y de un segmento de la doctrina a la ley 24390, en gran parte encontró sustento en la presión ejercida por los medios masivos de comunicación (como instrumento de control que son) que provocaban alarma en la población ante la “liberación masiva de delincuentes”, que según ellos, la ley propiciaba.

Todo el debate que giró en torno a la llamada ley del “dos por uno”, quedó definitivamente superado, a raíz de que finalmente, la ley 24390 fue modificada por la ley 25430, norma que derogó el art. 7 (que establecía que transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva el cómputo de la pena era por cada día de prisión preventiva dos de prisión). Derogó también el art. 8 que modificaba el art. 24 del Código Penal, estableció que la ley forma parte del Código Procesal de la Nación y que es

---

<sup>718</sup> Fallo 5944, Tribunal de Casación Penal Provincia de Bs. As. Constitucionalidad de la ley n° 24390.

El Código Penal no regula la prisión preventiva. Es decir que no establece su esencia o naturaleza, procedencia, régimen de cumplimiento y cese; pero no puede ignorarla porque es un dato inexcusable de la realidad, desde que todas las unidades federativas la regulan a través de sus códigos adjetivos. Y como consiste siempre en privación de la libertad ambulatoria y correlativo sometimiento a un régimen de encierro, su cumplimiento implica un adelantamiento para el cómputo futuro de una eventual sentencia condenatoria privativa de la libertad (del voto del Dr. PIOMBO).

Una elemental razón de justicia conduce a asignar equivalencia a los períodos de prisión preventiva sufrida con los lapsos de encierro que la misma persona deba soportar como condenado. De haberse dejado este particular a cada una de las provincias, hubiera significado anarquizar la ejecución del Código Penal y lesionar gravemente el derecho a la igualdad que enfáticamente proclama la Constitución Nacional. Esto no sólo hace a la facultad de dictar la legislación penal sino también a la implícita de sancionar las normas procesales indispensables para el ejercicio de derecho y actuación de instituciones determinadas (del voto del Dr. PIOMBO).

Ni el texto del art. 24 del Código Penal, ni la ley 24.390 son inconstitucionales, porque ambas normatividades procuran, a través de medios no arbitrarios sino usuales para el tratamiento de situaciones semejantes, asegurar el primado de sendas promesas constitucionales que hacen directamente a la libertad de los particulares (del voto del Dr. PIOMBO).

El servicio de justicia sólo se extiende a las dos instancias obligatorias del juicio penal, pues las terceras o ulteriores instancias jurisdiccionales son materia reservada a cada provincia (del voto del Dr. PIOMBO).

La ley 24.390, aparte de su prioridad en la grada normativa (art. 31 de la C.N.) es constitucional por su contenido, sin que los efectos del cómputo duplicado puedan ir más allá de la garantía jurisdiccional obligatoriamente dispensable al justiciable (del voto del Dr. PIOMBO).

A los fines del presente el análisis de la constitucionalidad o no de la norma en cuestión -art. 7 de la ley 24.390- deviene innecesario atento que la gravedad institucional que da origen al tratamiento de la presente cuestión gira en torno al cómputo temporal de contabilizar los días de prisión preventiva hasta el dictado de la sentencia (del voto del Dr. DOMINGUEZ).



reglamentaria de la Convención Americana de Derechos Humanos; conservando el plazo de “razonabilidad” de la prisión preventiva en el término de dos años sin que se haya dictado sentencia, prorrogable por un año más.

Es necesario no perder de vista el hecho de que la insistencia sobre los plazos responde a la habitualidad de las privaciones de libertad discrecionales en el tiempo, habiendo interpretado el legislador que ese plazo razonable debía traducirse en un término fijo. “La Convención exige que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un plazo razonable, pero ello no impide que cada uno de los Estados parte adecue esos plazos según criterios de política criminal relacionados fundamentalmente con razones de interés público”<sup>719</sup>.

Sostiene HARRENDORF que “el principio de interpretación, evaluado de conformidad al contexto de instrumentos internacionales a los que la reforma constitucional de 1994 le otorgó su jerarquía, invita a indicar que (...) por razonable ha de entenderse un modo de plazo que al ser articulado no dificulte la inmediatez de la recuperación de libertad. No los formalismos judiciales o policiales, ni el ritualismo de la justicia, ni ninguna otra fórmula de obstáculos pueden obturar la recuperación de la libertad perdida”<sup>720</sup>.

RIQUERT y JIMENEZ entienden por su parte que “la garantía expuesta en el art. 7- 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, intenta delinear la superación de la dolorosa realidad latinoamericana, consistente en que la crisis de su sistema penal y la ausencia de controles eficaces y garantistas han hecho que las ya conocidas “demoras judiciales”, se hayan convertido en una modalidad de injusticia virtual y constante. De allí que resulta de toda necesidad que el derecho interno de cada uno de nuestros países en el subcontinente establezca con claridad “qué cosa es” un plazo razonable”<sup>721</sup>.

La decisión del legislador argentino de traducir el plazo de razonabilidad obedece entonces a la necesidad de poner un límite a la extensión *sine-die* de la prisión preventiva, pues ha ocurrido que ésta fuera más extensa que la prisión efectiva misma, cuando no, el “procesado” terminaba finalmente siendo absuelto, luego de pasar años de su vida en “preventiva”, privado de su libertad, siendo verdadera y no sólo presuntamente inocente<sup>722</sup>.

---

<sup>719</sup> RIQUERT, J.E.-JIMÉNEZ E.P.: *Teoría de la Pena* ... Op. Cit, pg. 217

<sup>60</sup> HARRENDORF, D.: *Derechos Humanos ante la Justicia* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pg. 251

<sup>721</sup> RIQUERT, J.E.-JIMÉNEZ E.P.: Op. Cit. Pg. 174

<sup>722</sup> En la Provincia de Buenos Aires. hay casi 31.000 personas presas. 25.000 duermen en 39 cárceles superpobladas y unas 5.800 en las comisarías, a pesar de que este año la Corte Suprema de Justicia obligó a desalojarlas. Un dato que estremece: nueve de cada diez son pobres. Hace sólo 5 años, antes de que la

El panorama argentino en esta materia sigue siendo gravísimo y la responsabilidad toda recae sobre las agencias del sistema penal, sobre todo la judicial, ante una realidad innegable a la hora de constatar que casi el 80%<sup>723</sup> de la población carcelaria argentina se encuentra privada de libertad en condición de procesados, como lo constataremos luego.

## **8)-La duración de la prisión provisional en el ámbito europeo**

El art. 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, establece en los párrafos 1 c) y 3 que toda persona detenida previamente o internada, cuando existan indicios racionales de que ha cometido un delito o cuando se estime necesario impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido, tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

En el C.E.P.D.H se plantea también el cuestionamiento acerca de cuándo comienza a correr el “plazo razonable” a tomar en consideración.

La Comisión Europea adoptó en sus informes relativos a los casos NEUMEISTER, WEMHOFF, STÜGMULLER y MATZNETTER el denominado método de los siete criterios para la determinación de la razonabilidad del plazo. A la luz de esos siete criterios la Comisión intentó en su informe desarrollar un método de examen con la interpretación del concepto jurídico “plazo razonable”:

1-La duración misma de la detención.

2-La duración en relación a la naturaleza de la infracción imputada y a la pena prevista para tal infracción.

---

llamada política de "mano dura" restringiera hasta la asfixia las excarcelaciones de las personas imputadas, había diez mil presos menos. Este salto geométrico tiene otras consecuencias: el 75 por ciento de los presos bonaerenses está procesado sin condena en primera instancia, es decir que la Justicia no determinó aún si son culpables del delito del que se los acusa. Y eso no es todo: según las últimas estadísticas difundidas por la Procuración General provincial, un 28 por ciento de las sentencias dictadas en relación a las personas detenidas son "absoluciones o sobreseimientos". Es decir que tres de cada diez presos termina siendo declarado inocente. Cerca de 9.000 personas. Una vez entre rejas, les espera un largo y exasperante camino hasta probar su inocencia en el juicio oral: cada año, el promedio de causas que tienen sentencia apenas llega el 4% de la cantidad de causas iniciadas. Un informe de la Secretaría de Derechos Humanos provincial de hace cinco meses lo describió así: "Resulta normal que una persona que ingresa en el sistema de justicia penal sufra prisión preventiva por 3 años o más. Otros tantos años le llevará ejercer la garantía de la doble instancia (apelación de la primera sentencia)". Vid: <http://www.clarin.com/suplementos/zona/2010/08/21/z-03215.htm>

<sup>723</sup> Según datos oficiales, del sistema de estadística penitenciaria nacional, al año 2011 la población penitenciaria argentina en carácter de procesada, ascendía al casi 60%, sin embargo, datos recabados por distintas ONGs, esa cifra se eleva al 80% tomando el mismo año como referencia. Vid: [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

- 3-Efectos de orden material, físico y psíquico-moral del detenido
- 4-La conducta del inculpado.
- 5-Dificultades en la instrucción del asunto, por su complejidad.
- 6-Forma en que la instrucción ha sido conducida.
- 7-La conducta de las instancias judiciales internas.

Después de un examen de estos elementos, la conclusión en un caso concreto, dependerá de una ponderación de los diferentes criterios en su conjunto, algunos de ellos podrá llevar a la conclusión de que la duración de la privación preventiva ha sido razonable, mientras que otros podrán llevar a la conclusión contraria. El resultado depende de su importancia relativa, lo que no impide llegado el caso, que uno solo de los elementos tenga una importancia decisiva, a pesar de la tendencia contraria de los otros criterios. BARONA VILAR ha sostenido que de este modo, el plazo razonable no podrá ser nunca establecido por un cálculo puramente matemático, pero debe apoyarse en todo caso en una valoración que proporcione los motivos en que se basa la importancia atribuida a cada uno de los criterios en perspectiva, es su conjunto<sup>724</sup>.

### **8-1) El Caso Bernard. Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso BERNARD condenó a Francia por entender que se habían violentado las garantías del imputado invocando precisamente la “evitación de fuga”.

Gerard BERNARD permaneció tres años en prisión preventiva, acusado por la justicia francesa de haber encubierto en su domicilio a miembros de un comando de ETA que perpetró robo de explosivos en la localidad bretona de Pleven, el 28 de Septiembre de 1999. El Tribunal Supremo francés, lo condenó a seis años de cárcel el 29 de Junio de 2005.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de Septiembre de 2006 desestimó las alegaciones presentadas por la magistratura francesa que invocó la razón de la prolongada detención para evitar la fuga del sospechoso y “preservar el orden público”.

Los miembros del Tribunal Europeo se pronunciaron por unanimidad contra la decisión de la magistratura francesa, basándose en el art. 5 párrf. 3 sobre el derecho a la libertad

---

<sup>724</sup> BARONA VILAR, S.: Op. Cit, pg 134

y a la seguridad de la Convención Europea de los Derechos Humanos. A la sentencia condenatoria se le añade el pago de una indemnización de 3200 euros por daños morales al demandante de la denuncia<sup>725</sup>.

## **9) Jurisprudencia de la Corte Interamericana. El fallo Suárez Rosero**

El 12 de Noviembre de 1997, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó la sentencia SUÁREZ ROSERO por la cual condenaba al estado de Ecuador por diversas violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos relacionadas con la detención y posterior encarcelamiento preventivo de Rafael Iván SUAREZ ROSERO. La Corte Interamericana estableció con claridad el carácter meramente cautelar del encarcelamiento preventivo, y circunscribió los motivos de su procedencia al entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga. En el punto VII de la sentencia, denominado “Hechos probados”, la Corte describió las cuestiones de hecho que consideró acreditadas<sup>726</sup>. Resaltó que en ningún momento, el imputado, fue citado ante el Tribunal competente para ser informado de los cargos en su contra, al no haberse cumplido con este requisito, la privación de libertad no podía de ninguna manera ser

---

<sup>725</sup> Vid al respecto: <http://webpages.ull.es/users/mbarral/juritedh.html>

<sup>726</sup> A continuación sintetizaremos las más relevantes: SUÁREZ ROSERO fue arrestado el 23/6/92 en Quito, por agentes de la Policía Nacional del Ecuador en virtud de una orden policial, dictada a raíz de una denuncia particular que le atribuía haber estado incinerando drogas. No fue detenido en flagrante delito y no existía orden judicial de detención en su contra. El mismo día declaró ante agentes policiales y fiscales, sin contar con abogado defensor. Continuó detenido e incomunicado hasta el 23 de julio en la celda de una dependencia policial, junto con otras 16 personas. El 22 de julio un oficial policial ordenó al director de un penal que lo mantuviera detenido hasta que el juez ordenara lo contrario. Durante su incomunicación no se le permitió recibir visitas o comunicarse con su abogado. El 23 de julio fue trasladado al centro penal, donde permaneció incomunicado hasta el 28 de julio. A partir de ese momento se le permitió, en días de visita, recibir a su familia, a su abogado y a miembros de organizaciones de derechos humanos. Las entrevistas con su abogado se realizaron en presencia de oficiales de la policía. El 12 de agosto de 1992 un juez penal dictó auto de prisión preventiva contra SUÁREZ ROSERO. Posteriormente, el juez se inhibió y remitió el caso a la Corte Superior de Justicia de Quito. En dos ocasiones SUÁREZ ROSERO solicitó a la Corte Superior de Quito, por escrito, que se revocara su auto de prisión (14/9/92 y 21/1/93). El 25 de agosto de 1993 el presidente de la Corte solicitó dictamen al fiscal, quien recién respondió el 11 de enero de 1994 en sentido negativo. El 26 de enero de 1994 fueron denegadas sus solicitudes. El 29 de marzo de 1993 SUÁREZ ROSERO interpuso un habeas corpus ante la Corte Suprema, que fue rechazado por cuestiones formales. El 27 de noviembre de 1992 se ordenó la instrucción del proceso en su contra por transportar drogas para destruirla y ocultar evidencia. El 4 de noviembre de 1994 se declaró concluido el sumario y se remitió el caso al ministro fiscal. El 10 de julio de 1995 se declaró abierto el plenario, en el cual se acusaba a SUÁREZ ROSERO de encubrimiento de tráfico de drogas. El 9 de septiembre de 1996 fue condenado a dos años de prisión como encubridor del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, y se dispuso que se descontara de la pena a cumplir el tiempo transcurrido en detención preventiva. Vid. Fallo “Suarez Rosero” disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_35\\_ing.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_ing.doc)

preventiva, pues faltaba el requisito formal para que ésta así se constituyera. La Comisión reclamó por la ilegalidad y arbitrariedad de la detención (art. 7.2, y 7.3, CADH, respectivamente<sup>727</sup>). El Estado afirmó que la detención de SUÁREZ ROSERO “se efectuó dentro de un marco legal de investigación y como consecuencia de hechos reales, de los cuales fue uno de los protagonistas”. Interpretando las reglas invocadas, la Corte citó un precedente anterior según el cual nadie puede ser “privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal) (Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C nº 16, párr. 47)

Analizando los aspectos formales de la detención, la Corte señaló que según la Constitución ecuatoriana las personas sólo pueden ser detenidas “en virtud de orden escrita de autoridad competente, salvo delito flagrante”. Al no haberse demostrado la existencia de flagrancia, la detención debió haber derivado “de una orden emitida por una autoridad judicial competente”<sup>728</sup>. Es importantísimo destacar que la Constitución ecuatoriana sólo hace referencia a “orden escrita de autoridad competente”, la Corte interpretó que esa “autoridad competente” sólo podía ser una “autoridad judicial”. Por último, se agregó que el auto de prisión preventiva dictado más de un mes después de la detención no eliminaba su carácter arbitrario, siendo ésta por tanto ilegítima.

#### **10-El carácter excepcional de la Prisión Preventiva. Fallo de la CIDH caso “Instituto de reeducación del menor c/ Paraguay”**

Como con acierto lo sostiene BOVINO, la importancia de este fallo radica en que ha eliminado toda discusión posible sobre la eventual legitimidad de los supuestos sustantivos que pretenden justificar el encarcelamiento preventivo. El pronunciamiento de la Corte Interamericana, en consecuencia, ha puesto en evidencia la absoluta ilegitimidad de toda privación de libertad preventiva aplicada con fines no cautelares,

---

<sup>727</sup> El art. 7.2 y 7.3, de la Convención establecen:

“2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”.

<sup>728</sup> Caso SUÁREZ ROSERO, párr. 44

esto es con fines sustantivos-no procesales- es un motivo de arbitrariedad de la detención”<sup>729</sup>.

*“Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos”<sup>730</sup>.*

La Corte Interamericana, en diferentes sentencias invocó este precepto, citando como precedente al caso SUÁREZ ROSERO en el caso “Instituto de Reeducción del Menor”, contra Paraguay (Sentencia del 2 de septiembre de 2004), destacó que *“la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”<sup>731</sup>.*

## **12-Condena anticipada**

---

<sup>729</sup> BOVINO, A “El fallo Suárez Rosero”, en *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Ed. del Puerto, 2005. Vid. O’DONNELL, *Protección internacional de los derechos humanos*, pg. 147. Se destaca que “habida cuenta de los objetivos de este principio, pareciera justificado concluir que el uso de la detención preventiva para (fines no procesales) constituiría una *privación arbitraria de libertad*, violatoria de un derecho subjetivo universalmente reconocido”

<sup>730</sup> Caso SUÁREZ ROSERO párr. 180

<sup>731</sup> Vid: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)

El abuso de la prisión preventiva ha provocado que las prisiones latinoamericanas se encuentren saturadas de presos sin condena.

Así, coincidimos con ZAFFARONI en que la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional. “Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión. Ante esta disfunción -que solo los autistas jurídicos niegan- se cae en una triste ficción al continuar con los conceptos jurídicos tradicionales, que en modo alguno contribuye a fortalecer la paz social y la confianza en el derecho”<sup>732</sup>.

En concordancia, y con entera razón, el profesor HASEMMER, ha sostenido que quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria<sup>733</sup>.

MAIER, por su parte, afirma que “El trato de inocente que debe recibir el imputado durante su persecución penal impide adelantarle una pena: por consiguiente, rige como principio, durante el transcurso del procedimiento, el derecho a la libertad ambulatoria, amparado a la misma Constitución, que pertenece a todo habitante, a quien no se le ha impuesto una pena por sentencia de condena firme”<sup>734</sup>.

Así, RODRIGUEZ MANZANERA nos dice que en el año 1976 expertos de la ONU afirmaban que “resulta trágico en Latinoamérica reconocer que apenas se encuentra sentenciado el 40% de la población total privada de libertad. Seis años después el porcentaje de sentenciados había descendido al 31,53%, es decir que el 68,47% de las personas en prisión eran procesados en espera de sentencia”<sup>735</sup>.

Y aunque los años han transcurrido, el fenómeno del “preso sin condena”, es, al menos, en Latinoamérica, endémico<sup>736</sup>

En el caso argentino, según informe del año 2011 del Defensor del Pueblo<sup>737</sup>, la población carcelaria argentina está en su mayoría conformada por presos sin condena

---

<sup>732</sup> DOMINGUEZ F.: *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Ed. Némesis. Buenos Aires, 1984. Prólogo

<sup>733</sup> HASEMMER, W.: Op. Cit. pág. 118.

<sup>734</sup> MAIER, J.: *Derecho Procesal Penal*. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2000 Tomo I pg. 522

<sup>735</sup> RODRIGUEZ MANZANERA, L.: *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Ed. Porrúa, México, 1999, pg 26 Cfr. CARRANZA, E; HOUED M, ZAFFARONI, R. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, ILANUD, Costa Rica, 1983, pg. 25

<sup>736</sup> CARRANZA, E.: *Justicia Penal y Sobrepoblación carcelaria*, Ed Siglo XXI, México, 2001, pg. 27

que pasan largos años de su vida sin que se dicte sentencia. Se han constatado procesos de hasta 3, 4, 5 y 6 años de duración, lo cual de por sí representa una situación claramente violatoria del principio de presunción de inocencia.

Sólo respecto de la provincia de Bs. As, al año 2011, en unidades penitenciarias de régimen cerrado, únicamente 2.793 internos se encontraban cumpliendo una condena, mientras que 15.411 se encontraban procesados; es decir, los internos procesados son parte protagonista de la superpoblación carcelaria, aunque todavía no se les haya sido probado responsabilidad en delito alguno.

Los datos correspondientes al conjunto de la población de internos en las unidades penitenciarias bajo los regímenes cerrado, semiabierto y abierto muestran que solamente el 17.7%) se encuentran bajo condena, mientras que el 82.1% se encuentran procesados. El Defensor del Pueblo en su informe sostuvo que “La información corroborada permite deducir que el abuso de la prisión preventiva, y muy especialmente la prolongación del proceso penal, son situaciones anómalas que se deben revisar de manera urgente. Como puede verse, esta garantía básica del proceso penal es violentada de forma sistemática en Argentina. Porque los procesos penales pueden prolongarse durante años convirtiéndose en una condena anticipada y, en aquellos casos en los que se no logra probar el delito, en una pena ilegítima.

Bajo estas condiciones, los sujetos privados de la libertad se hacían en unidades penitenciarias que no ponen a su disposición medios ni recursos para la protección de sus derechos. El Estado de manera reiterada ha omitido cumplir con los requerimientos - entre ellos, aquel que establece un plazo de tiempo razonable para probar la culpabilidad de un acusado- primordiales para garantizar la imparcialidad procesal del sistema”<sup>738</sup>. La situación no ha variado, más bien, se ha agravado. Sabido es que el sistema carcelario argentino se encuentra colapsado, y la situación es realmente extrema, ostensible<sup>739</sup>, las prisiones argentinas se encuentran superpobladas por presos sin condena.

La prisión preventiva es una excepción al principio de libertad que impone la presunción de inocencia constitucionalmente consagrada por motivo de existencia de

---

<sup>737</sup> MONDINO, R.: *Cárceles argentinas. Informe Defensoría del Pueblo de la Nación*, 2011, Ed. PPA, Bs As, 2012, pg 31

<sup>738</sup> MONDINO, R.: Op. Cit, pg 32

<sup>739</sup> Vid al respecto CELS, *Informe sobre derechos humanos en la Argentina*: 2012, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012; “Informe amnistía Internacional, 2012” disponible en <http://www.amnesty.org/es/region/argentina?page=2> Informe Procurador Penitenciario, 2011 en, <http://www.ppn.gov.ar/?q=node/1668>, Informe defensor del Pueblo 2011 en <http://www.elfensordelpueblo.gov.ar/archivos/INFORME%20ANUAL%202011.2012.pdf>



alguno de los llamados “peligros procesales” –entorpecimiento de la investigación, frustración probable del proceso, frustración de actuación de la ley material– bajo condición de que no puedan ser neutralizados por otro medio menos radical.

No obstante ello, sigue saturándose la ya hacinada población carcelaria, con medidas cautelares (prisión preventiva) o con denegatorias de derechos como la libertad condicional, la libertad asistida y las salidas transitorias, a personas que han superado el plazo para obtener dichos institutos y poseen la máxima calificación de conducta.

Los jueces sostienen el encarcelamiento afirma con razón el Defensor del Pueblo MONDINO, sobre la base de informes psicológicos que lanzan, sin ningún asidero científico, “pronósticos criminológicos desfavorables”. Es más, hasta hoy los jueces insisten en que las condiciones brutales con que se cumplen los encarcelamientos dispuestos por sus prisiones preventivas no son de su incumbencia ni su responsabilidad, y censuran y combaten las palabras que hablan de su responsabilidad como jueces de la ejecución y exponen sus actos de inconsecuencia jurídico-institucional y constitucional <sup>740</sup>.

El abuso de la prisión preventiva, es pues también el reflejo de un determinado contexto que clama seguridad, y la respuesta más fácil y satisfactoria para tales requerimientos es en una primera instancia la prisión preventiva, se produce entonces una situación ambivalente entre esa necesidad de satisfacer los requerimientos de la comunidad y los derechos fundamentales del imputado, así, la manifestación más importante de esa tensión entre las necesidades del Estado y las libertades fundamentales “(...) se refleja en los opuestos prisión o libertad durante el proceso penal: el encarcelamiento preventivo asegura del modo más firme la realización del juicio y la eventual aplicación de la pena, pero vulnera de la manera más cruenta y brutal los derechos fundamentales del imputado (...) Es entonces al derecho procesal penal al que le corresponde establecer el punto de equilibrio, pero para ello debe tener muy claros los lineamientos básicos que le establecen la Constitución y los pactos de Derechos Humanos, para saber hasta dónde, como señala PASTOR: “(...) el péndulo de los riesgos procesales se orientará hacia la vulneración de los derechos fundamentales del imputado y en qué casos será el Estado quien deberá soportar los riesgos de respetarlos a ultranza”<sup>741</sup>.

---

<sup>740</sup> BORRINO, R.: *El encarcelamiento bonaerense. Palabras de emergencia por una barbarie que no cesa*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, pg. 152

<sup>741</sup> PASTOR, D.: “El encarcelamiento preventivo” en VV AA., *El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993, pg. 44.

La prisión preventiva produce un efecto criminógeno, (punto que abordaremos en profundidad más adelante) sobre quienes se encuentran privados de libertad bajo esa condición, ya lo ha dicho CAFFERATA NORES “lejos de ser un lugar donde no se delinque, es uno de los sitios en que proliferan los más graves delitos, tales como violaciones, tráfico de drogas, homicidios, robos, etc.”<sup>742</sup>

La prisión es verdaderamente una máquina deteriorante que genera en el privado de libertad una patología específica de regresión, producto de las condiciones antinaturales a que es sometido el adulto recluso, privado de todas las libertades y capacidades que como tal, tiene. Se determina en estos sujetos, también, un síndrome de prisonización, que como hemos visto, en la que la propuesta de resocialización es irrealizable, y por el contrario se revela, junto con la ideología del tratamiento, como un discurso encubridor del verdadero papel que juegan dentro de un sistema penal irracional e ilegítimo<sup>743</sup>.

Las conclusiones de los estudios empíricos se ven confirmadas por los casos que llegan a los órganos de protección internacional. Así, se sostiene “que en el sistema regional americano de protección de los derechos humanos, las exigencias impuestas en materia de legalidad de la privación de la libertad vinculadas al requisito del ‘plazo razonable’ o a otras pautas, han sido violadas reiteradamente”<sup>744</sup>.

La situación de los países de América Latina ha sido descrita así: Este modelo —que constituye la triste realidad en diversos países— efectivamente evade casi la totalidad de los derechos humanos en materia penal. En ello no hay real debido proceso legal, ni derecho a defensa, ni mucho menos presunción de inocencia, ni respeto al principio de la legalidad. “Este modelo sustituyente sirve para castigar (...) Es un modelo no digno de la humanidad”<sup>745</sup>.

### **13- Afectación de derechos**

Atendiendo a las finalidades tanto de la Prisión Preventiva como de la Pena Privativa de Libertad nos encontramos con dos finalidades completamente diferentes. Pero la realidad nos demuestra un amalgamamiento de fines y una distorsión de objetivos, lo cual lleva a la afectación de garantías.

---

<sup>742</sup> CAFFERATA NORES, J.: *La Excarcelación*. Ed. Ad-Hoc, Bs As. 1988, pgs. 20, 21.

<sup>743</sup> ZAFFARONI E. R. *En busca...*, Ed. Ediar, Bs. As 1989, pgs. 139,140.

<sup>744</sup> CAFFERATA NORES, Op. Cit, pg. 79

<sup>745</sup> CASSEL, D.: “El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva”, en *Revista IIDH*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995, N° 21, 1999, pg 3

Así, la prisión preventiva, aparece como rasgo predominante que define a los procedimientos penales que en realidad cumplen funciones de castigo por lo común de mayor entidad aflictiva que los que derivan de la pena como consecuencia jurisdiccional, invirtiendo el orden lógico de la secuencia procesal.

De hecho, el proceso penal, cumple funciones punitivas, y concreta papeles represivos, los fines de la prisión preventiva se desdibujan, transformándose en un instrumento para los fines (oficiales) propios de la pena, acarreado con ello la violación a derechos propios y garantías reconocidas. La conversión así de la prisión preventiva en una pena anticipada, produce una situación de inferioridad de derechos entre el imputado y el condenado, ya que el imputado -aunque en la práctica esté cumpliendo durante el encarcelamiento preventivo una verdadera pena, sería un “cuasi condenado” - no puede gozar de los derechos que sí tiene el condenado.

Los presos sin condena están teóricamente amparados por el Principio de Culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), que significa que la pena sólo puede fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a su autor, por la garantía procesal del Principio de Inocencia, que significa que el estado de inocencia perdura mientras no se declare la culpabilidad. Estas y otras garantías básicas del Derecho Penal están consagradas en instrumentos internacionales (entre los cuales cabe mencionar en nuestra región la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 8-1), y están consagradas en todas las constituciones nacionales sin excepción, cuando establecen, todas con una redacción muy similar, que “nadie podrá ser condenado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de la causa, ni sacado de sus jueces naturales (...)”.

Ha sostenido el Profesor CAFFERATA NORES “La cuestión en principio, se mueve sólo entre dos extremos: libertad o su restricción por la pena. Y como la sanción sólo se concibe después del juicio previo, durante la tramitación de éste funcionará la garantía del Art. 16. Esto permite afirmar que el estado normal -por así llamarlo- de una persona sometida a proceso, antes de ser condenada, es el de libertad”<sup>746</sup>.

Sin embargo, no obstante todas estas garantías establecidas en los diferentes ordenamientos legales, para una persona sometida a proceso se han invertido las etapas procesales: durante la etapa de instrucción - en la que debe prevalecer el principio de inocencia- son privadas de libertad y materialmente condenadas, y en la etapa del juicio (si es que éste se realiza), son puestos en libertad porque los jueces deben dar por

---

<sup>746</sup> CAFFERATA NORES.J.L: *Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal*. Ed.. Depalma, Bs As. 1992, pg 8

cumplida la condena con el tiempo transcurrido en prisión, o porque les otorgan la libertad condicional también por el tiempo transcurrido, o porque se les sobresee o absuelve.

El estado de inocencia es la base la primera fase de la caparazón del “puerco espín”- al que alude el reconocido procesalista CAFFERATA NORES<sup>747</sup>-, ya que durante la sustanciación del proceso, se le reconoce al imputado un estado jurídico de no culpabilidad, respecto del delito que se le atribuye siendo pues que todo acusado es inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, lo que ocurrirá cuando “se pruebe” que es “culpable”.

Por cuanto no se podrá penar como culpable ni tratarlo como tal durante el proceso penal a quien no se le haya probado previamente su culpabilidad en una sentencia firme dictada luego de un proceso regular y legal.

Pero el principio de inocencia no parece compatibilizar con las presunciones judiciales de culpabilidad que se exigen para el avance del proceso penal con sentido incriminador, en la medida en que dichas presunciones no se quieran utilizar para la imposición de sanciones anticipadas cubiertas como coerción procesal.

Por tal motivo, en virtud del principio de inocencia, en íntima relación al principio de culpabilidad, durante el proceso sólo encontrará legitimación en cuanto sea excepcional y de máxima necesidad, sin que ello se amalgame con los fines propios de la pena.

#### **14) Prisión preventiva y prisionización**

Sabido es que la prisión provoca, por las condiciones de aislamiento que implica una modificación sustancial de la personalidad. El privado de libertad debe adaptarse a las condiciones de encierro para poder sobrevivir al mismo. En primer, lugar la vida en el ámbito penitenciario se estructura en función de aspectos puramente regimentales y de seguridad; es decir que se posterga la formación integral del preso privilegiando el factor “evitación de fuga” y se impone un régimen cuya rigidez desencadena una gran agresividad en el privado de libertad<sup>748</sup> Situación extensible al privado de libertad preventivo.

---

<sup>747</sup> CAFFERATA NORES, J.L.: *Temas de derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Bs As, 1998, pg 98

<sup>748</sup> DIZ CANO, L.: “El ser humano en la cárcel” En *Acontecimiento* N° 43. Ed. Mounier. Madrid, 1997, pg. 33

Son más los problemas que ocasiona la prisión preventiva que los supuestos beneficios, y las nefastas implicaciones que tiene para el interno y su familia, lejos de contribuir a disminuir la criminalidad, provocan un desajuste social y familiar que empuja a núcleos enteros hacia la delincuencia como forma de vida. “Las prisiones producen efectos de carácter represivo y uniformante, anula la individualidad, la libertad y la espontaneidad propias de cualquier proceso educativo realmente edificante. Por otra parte, científicamente se ha demostrado el efecto psicológico negativo del encierro y su prolongación, desestructuradores de la personalidad, problema agudizado por el régimen de privaciones de todo tipo a que se someten los encarcelados”<sup>749</sup>

Al preso preventivo ¿quien le garantiza la integridad física al interior de la prisión? la presencia de peleas y agresiones le transmiten una inseguridad vital grave que se traslada a su familia y a su ambiente cercano. GARCÍA RAMÍREZ se refiere al “grave daño, tan frecuente en la realidad que causa el prolongado encarcelamiento”<sup>750</sup>

Y si ya es grave el daño que se le provoca a quien es privado de libertad con una sentencia firme, ese daño se acrecienta al infinito cuando se priva de libertad a quien ni siquiera tiene la certeza de cuánto tiempo durará tal privación, con el agravante de que mientras no se demuestre lo contrario conserva su carácter de inocente, inocencia que en muchos casos es cierta, es real. El efecto de la prisión preventiva es destructor, provoca una mella que difícilmente pueda superarse.

Bien lo ha dicho RODRIGUEZ MANZANERA “En la prisión preventiva no hay reproche moral, no se pretende restaurar el orden jurídico, no se busca intimidar ni ejemplificar, no hay determinación, pues dura cuanto dure el juicio y se basa tan sólo en una presunta peligrosidad ante la sospecha de que el sujeto cometió el delito”<sup>751</sup>.

Y por su parte, BERNALDO de QUIRÓS sostuvo que: “Primero son unos brazos autoritarios que dominan forcejeantes, al malhechor fugitivo o sorprendido en flagrante delito. Después por unas cuantas horas más es el árbol infeliz, el pilar o el poste en que el malhechor bien amarrado aguarda el juicio. Por último cuando estas escenas se repiten demasiado todos los días, es la construcción fuerte, incómoda y desnuda, en que

---

<sup>749</sup> ARROYO, J. M. *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, Ed. Colegio de Abogados, San José de Costa Rica, 1995, pág. 69.

<sup>750</sup> GARCÍA RAMÍREZ, S.: *El art. 18 Constitucional*, UNAM, México, 1967, pg. 31

<sup>751</sup> RODRIGUEZ MANZANERA, L.: *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Ed. Porrúa, México, 1999, pg. 24

la dilación de los procesos fuerza a que se esperen semanas, meses, años enteros, para que llegue una sentencia en forma de muerte, de muerte en vida”<sup>752</sup>.

La prisión preventiva además de provocar estos efectos que son propios de la prisión lo hace de una manera doblemente aflictiva. En el caso de los “preventivos” conlleva la mayoría de las ocasiones, y por el contrario, un contacto con el mundo prisional que marcará a quien haya sido objeto de la prisión preventiva, de manera indeleble”<sup>753</sup>

Valdría la pena reflexionar sobre la propuesta del Profesor FERRAJOLI, de “un proceso sin prisión provisional”<sup>754</sup> aunque claro está, este instituto sigue siendo útil para la reafirmación del poder estatal, de la misma manera que la prisión efectiva, útil también para afianzar el sentimiento de “seguridad ciudadana”, en un derrotero autorreferencial que la valida a sí misma.

---

<sup>752</sup> BERNALDO DE QUIROS, C.: *Lecciones de derecho penitenciario*, Ed. Textos universitarios, México, 1953, pg. 41

<sup>753</sup> GARCIA VALDEZ, C.: *Estudios de Derecho Penitenciario*, Ed Tecnos 1982, pg. 82

<sup>754</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho...* Op. Cit. pgs. 559-561.

## CAPÍTULO VI

### LA FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA PRISIÓN

#### 1- La industria del castigo

El miedo y la seguridad se han convertido en uno de los negocios más rentables de los nuevos buscadores de fortuna, individuos emprendedores, con iniciativa empresarial, creativos e imaginativos, según el argot económico dominante. Las empresas de seguridad y penitenciarias cotizan en bolsa y, a decir de los dueños del mercado, generan uno de los “yacimientos de empleo” más importantes del mercado de trabajo. Así, y siguiendo a RIVAS, decimos que al ritmo que llevamos en la tipificación de nuevas conductas y comportamientos punibles, dentro de poco hará falta un guardia de seguridad para cada ciudadano, aunque esto se está consiguiendo pero haciendo de cada uno de nosotros su propio policía. “El miedo que se está generando, a través de la desconfianza, la inseguridad, la sospecha, el recelo, de todo aquel que se mueve a nuestro alrededor, sea extranjero, joven con malas pintas, vagabundo, mendigo, estafador disfrazado de ejecutivo, prostituta, vecino, es el mejor caldo de cultivo para hacer dejación de nuestros derechos y libertades y justificar el desarrollo de una industria que se alimenta del miedo de unos a ser agredido y miedo de otros a ser considerados como potenciales agresores”<sup>755</sup>.

El sistema punitivo ha generado, una verdadera industria que gira en torno a él y la pena de prisión, tal como lo sostiene el Profesor de Comillas, CABRERA CABRERA, “sirve (...) por supuesto, asumiendo el argumento cínico del mercado, para generar puestos de trabajo y alimentar una industria en crecimiento constante”<sup>756</sup>.

---

<sup>755</sup> RIVAS, A.: “La industria del miedo o el falso dilema entre seguridad y libertad”, Madrid, 2007.

<sup>756</sup> Así afirma CABRERA CABRERA “(...) junto a la existencia de una serie de funciones declaradas e incumplidas en la práctica: reinserción social, intimidación, protección; nos encontramos en cambio con otra serie de funciones que son las que realmente cumple la cárcel: amplifica las asimetrías sociales, promueve la sumisión de la ciudadanía a las normas, y colabora eficazísimamente en el proceso de construcción social de los delincuentes merced a la dinámica selectiva del sistema penal en pasos encadenados y sucesivos (normas penales selectivas; selección policial; selección del sistema judicial; y finalmente selección por parte de la cárcel que con sus normas y su sistema de funcionamiento interno acaba seleccionando a los que han de permanecer dentro de ella más tiempo)” Cfr. CABRERA CABRERA, P.: “La realidad penitenciaria en el siglo XXI, Perspectivas de Futuro” en *Corintios XIII, Revista de Teología y pastoral de la caridad*, Ejemplar dedicado a Mediación- Reconciliación. Madrid, 2005

Además de los fines teóricamente previstos<sup>757</sup> cumple, por tanto, uno fundamental para continuar existiendo, para que divisemos una prisión con un futuro prominente. Bajo la forma de concesiones de servicios o la privatización de funciones, el Estado delega facultades en organizaciones de carácter privado, generando así una verdadera industria penitenciaria, lo que tampoco, como veremos, es un fenómeno nuevo.

En el diseño de la administración de prisiones por empresas privadas, el Estado, garante principal, se ocupa del control de la actividad ejercida por la prisión. No obstante ello, genera un enorme margen, en una especie de rendición de cuentas cuando las cosas se complican (motines, altercados, etc), es decir, que el control es siempre a posteriori y el preso entra así en un margen discrecional<sup>758</sup>, en una especie de limbo, sin asidero o protección alguna.

La empresa privada, por definición, afirma acertadamente CARRANZA, hace negocios en procura de lucro. Ahora bien, si la ejecución de pena se transforma en negocio, se sustituyen criterios que hasta ahora han regido el uso de las penas (el derecho penal, la política criminal, incluso la opinión pública informada) por los resultados del mercado y el incentivo de lucro, con la consecuencia de vender y comprar cupos carcelarios eleva aún más las tasas penitenciarias. De hecho, países que tienen más tiempo en el negocio privatizador de prisiones, son los que precisamente más prisiones tienen, también comparativamente, las tasas más altas de presos: EE.UU tiene las tasas más altas del mundo; Escocia, Inglaterra y Gales las tasas más altas dentro de países de Europa Occidental<sup>759</sup>

Tal como lo sostiene SANZ DELGADO, es hasta cierto punto lógico, si una corporación empresarial correccional fija su meta principal en la consecución de beneficios económicos, este fin condicionará e influirá efectivamente en sus operaciones y políticas de administración. Servir al accionariado y al Estado subsidiariamente, inclinará de manera efectiva la balanza hacia el lado inversor, hacia el

---

<sup>757</sup> CABRERA CABRERA, P.: Op. Cit, pg. 78

<sup>758</sup> PUNTO DE FUGA: *Los mitos...* Op. Cit.

<sup>759</sup> “Posiblemente, los sistemas penitenciarios más ejemplares comparativamente dentro de la realidad carcelaria que siempre es tan dura en cualquier país, son los nórdicos de Europa: Suecia, Noruega, Dinamarca y Finlandia, que son muy buenos desde el punto de vista de los derechos humanos y con las tasas penitenciarias más bajas del mundo, lo que dice mucho del modelo de sociedad de este grupo de países. Los cuatros son sistemas estatales. Al igual que Canadá, Nueva Zelanda, que también tiene un excelente sistema penitenciario estatal, contrató la apertura de una cárcel privada que comenzó a funcionar en el año 2000. El mal resultado de la experiencia determinó que en el 2004 el gobierno aprobara una ley penitenciaria prohibiendo futuras privatizaciones (corrections act), no renovara el contrato vigente cuando éste finalizó y tomara el control de la cárcel en 2005” CARRANZA, E.: “La privatización penitenciaria en América latina” en VVAA, *Cárcel y Justicia Penal en América Latina*, Bs. As, Ed. Siglo XXI, 2009. pg 319



que más pone en juego, hacia el más poderoso, esto es, hacia la empresa concesionaria. El Estado, desde una visión incapacitadora de la sanción penal, en esta cesión competencial, sólo apuesta, delega, lo que no desea, poco le importa e, incluso, rechaza, cuando no desprecia<sup>760</sup>.

Por otra parte, no pocas son las consecuencias que en orden al respeto a los derechos humanos de los reclusos conlleva la privatización de las prisiones. No sólo respecto a las condiciones en que se cumple la pena sino y también, por los vacíos que tal situación genera, así, por ejemplo, los instrumentos legales de derechos humanos cuando aluden a los encargados de la custodia de los internos, en todo momento hablan de “funcionario público”, es decir, un funcionario que pertenece a la órbita estatal, sin que exista o pueda deducirse otra cosa acerca de la delegación en el control y custodia del condenado o procesado a empresas o instituciones de carácter o índole privada<sup>761</sup> ¿cómo podría aplicarse este concepto en guardias o personal jerárquico de carácter privado?, ¿quién es responsable de los abusos que al interior de la prisión se cometen? Si no estamos en presencia de “funcionarios públicos” sino de personal de seguridad privada.

Por otra parte y como bien lo sostiene un autor como LOGAN que aunque a favor del modelo privatizador, afirma una verdad rotunda: “se trata de saber si es propio o justo que la pena sea administrada por alguien distinto de los funcionarios y empleados gubernamentales y cómo podría la delegación de autoridad en manos privadas afectar la legitimación de las prisiones a los ojos de los internos y del público en general. Asimismo, incluiría la cuestión de si el motivo lucrativo es más o menos compatible con la administración de justicia o la referente a si los contratos privatizadores permitirían un ejercicio privado de una autoridad cuasi-judicial”<sup>762</sup>.

Todo esto dentro del marco de un “estado penal” que ha descubierto en la seguridad la legitimación perdida, al dejar de cumplir la demanda de los ciudadanos como estado social. Frente al mayor bienestar demandado por la sociedad surge entonces un negocio que busca sacar partido de la inseguridad creada.

Las prisiones, con todas sus celdas completas, obtendrán grandes beneficios, igual que otras empresas de seguridad privada que se han visto favorecidas por las guerras que desatan sobre todo oriente, como las de Irak y de Afganistán. El beneficio aportado

---

<sup>760</sup> SANZ DELGADO, E.: “Las prisiones privadas. Una solución insatisfactoria al problema penitenciario” En *El rapto de Europa* Nº 11, Madrid, 2007pg. 40

<sup>761</sup> “Los mitos de la privatización de las cárceles. Hacia un modelo de comercialización del delito” disponible en: <http://www.puntodefuga.org/node/129>

<sup>762</sup> LOGAN CH.: “The propriety of propriety prisons” en *Federal Probation*, Ed. Sun, NY, pg. 48

por esta extraordinaria fuerza laboral ha favorecido el endurecimiento de las condenas. La cárcel se ha convertido en un desenlace cada vez más habitual, como si la paz social se pudiese medir por el número de presos.

Con todo, la atención a la ganancia que el negocio de las prisiones privadas genera a los intereses del todo andamiaje empresarial-político, se traduce en la invisibilidad del “factor” que genera tal beneficio, en última instancia, los presos sólo son una variante, que debe mantenerse sustentable.

### **1.1) Las prisiones privadas. Antecedentes en Europa**

Hacia los siglos X y XI ya encontramos antecedentes de prisiones privadas en España. Entre las prácticas de apresamiento privado que realizaban los vecinos para resolver sus diferencias al margen de la ley y de los jueces, se encontraba extendida la práctica del encerramiento en la propia casa del detenido<sup>763</sup>. El uso de prisiones privadas, era una consecuencia de la delegación de las funciones de custodia, coacción e incluso punición de los detenidos. Ello se convirtió en una manifestación tan típica del derecho medieval, afirma RAMOS VÁZQUEZ, que incluso las formas de llevar a cabo estas prisiones llegaron a quedar fijadas en los ordenamientos jurídicos para evitar los abusos de los carceleros privados. En términos generales, la norma que quedó fijada era la que permitía a los particulares utilizar una cárcel propia o, lo que es lo mismo, una habitación cerrada con llave o con barrotes, el cepo, las cadenas, las cormas en los pies o esposas en las manos, y ataduras con cuerdas en cualquiera de las extremidades para encerrar a los hombres; mientras que para las mujeres y los menores de doce años se prescribió que sólo pudieran utilizarse las cadenas, por ser los instrumentos menos dañinos a la persona. Tal sanción era aplicable, sobre todo, a quienes poseían deudas impagas, otorgándose en consecuencia al acreedor la facultad de la privación de libertad, salvo que el deudor entregase alguna prenda en subsidio. Distintos fueros<sup>764</sup>, no dejaron de señalar, en todo caso, el carácter secundario de la prisión con respecto a la constitución de una garantía prendaria a la presentación de fiadores, estableciendo la misma suerte de prisión privada para el detenido que no pudiese satisfacer ninguna de

---

<sup>763</sup> ORLANDIS, J.: *Sobre el concepto del delito en el derecho de la Alta Edad Media*, Ed AHDE, Madrid, 1945, pg. 178

<sup>764</sup> Los fueros eran los estatutos jurídicos aplicables a diferentes localidades, destinados a regular la vida local, en lo concerniente a derechos, obligaciones y privilegios otorgados por el rey al Sr. de la tierra. Ha sido sin duda la fuente de derecho más importante de la edad media.

ellas. Para conseguir la libertad de esta nueva prisión privada- en la que el acreedor estaba obligado a alimentarlo durante un plazo mínimo de nueve días- el deudor podía saldar su deuda, mediante su propio trabajo remunerado si conocía algún oficio. En defecto de aquel, quedaba convertido en siervo del acreedor, quien podía destinarlo a cualquier tarea por un tiempo indefinido, que incluso podía hacerse perpetuo al arbitrio del juez<sup>765</sup>. La cárcel pública sólo podía utilizarse con los caballeros en las causas criminales especialmente agravadas, e incluso en estos supuestos, pronto comenzó a clamarse por la necesidad de construir cárceles separadas para que los caballeros detenidos no tuvieran que compartir el espacio con la gente del común. A diferencia de lo que ocurría en el proceso ordinario, en los casos de los delitos más agravados, la justicia comenzó a entender que era necesario retener a los reos en una cárcel de carácter público, y no a manos de sus propias víctimas como se venía haciendo hasta entonces, para evitar que éstas o sus familiares dañasen o matasen al presunto autor del crimen<sup>766</sup>.

De igual manera ocurría en la civilización romana, donde existieron también cárceles privadas para que pudieran purgar penas como consecuencia de deudas impagas, en las que el deudor permanecía hasta que cumpliera con su obligación, además de la utilización de la fuerza de trabajo de los presos como fuerza motriz de los barcos<sup>767</sup>.

La asociación de la reclusión y del trabajo como pena, es observada también en la Inglaterra Tudor<sup>768</sup> hacia el siglo XVI, con el propósito de frenar la vagancia y los “problemas delictivos” relacionados con ella. Los establecimientos carcelarios que contemplaron el trabajo de los reclusos, con frecuencia fueron operados por privados, pues los gobiernos se enfrentaban con el problema de costear su construcción y mantenimiento. Se cargaba, entonces, un pago por su manutención el que se deducía de la remuneración obtenida por el preso con su trabajo; los carceleros no percibían salario y el cargo del mismo carcelero podía ser vendido a otra persona. Los establecimientos de trabajo eran operaciones productivas de dinero, de forma ideal para funcionarios que no tenían fondos gubernamentales para administrar una institución.

---

<sup>765</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: “Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano. El delito de las cárceles particulares” en *Revista de estudios históricos y jurídicos*. Madrid, 2006, pgs. 339-345, Vid. también TOMAS Y VALIENTE, F.: *Las fianzas en los derechos aragonés y castellano*, Ed. Rec, Bruselas, 1971

<sup>766</sup> Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: Op. Cit, pg. 346

<sup>767</sup> CORREA, S.S.: *La pena de prisión en la civilización romana*, Ed. ABC, La Pampa, 2001, pg. 45

<sup>768</sup> La casa Tudor gobernó Inglaterra desde 1485 a 1603.

Los conceptos de pago, adoptaron todo tipo de variantes. Los administradores de las mismas, afirma el SANZ DELGADO, en muchas ocasiones llegaban a exigir a sus huéspedes determinadas cuantías por el solo ingreso al establecimiento, por sujetarles con grilletes, por quitárselos, por asirse, por desasirse, por encerrarlos en determinadas habitaciones de la cárcel, por un lugar para el descanso o por realizar y entregarles las copias de todos los papeles legales referentes a su proceso judicial. Habían de pagarse, asimismo por los presos, aquellos privilegios como lechos de plumas en lugar de tablas o del frío suelo de piedra para dormir o, incluso, se les exigía en numerosos supuestos, el montante económico debido para ponerles en libertad a la terminación de la sentencia. Los guardias o porteros de la cárcel supeditados a la autoridad del alcaide o gobernador de la misma, también aplicaban tarifas por su trabajo, así, por ejemplo, por ir a comprar la comida de los reclusos o por mantener mayor tiempo a los presos fuera de su celda. La mayoría de los allí reclusos eran demasiado pobres e incapaces de asumir esos pagos y su única oportunidad consistía en suplicar a los magistrados las excusas para tales obligaciones. En aquellos supuestos, los magistrados podían remitir al carcelero un valor económico procedente de la recaudación, en lugar de las cuantías debidas, que en la práctica sería mucho menor, en contraste a lo que podrían percibir de las cuotas usuales, por lo que este tipo de financiación nunca convenció a los carceleros y administradores de prisiones que obstaculizaban cualquier influencia que los magistrados pudieran ejercer sobre el sistema. Así el mecanismo implantado se autoprotegía, y se prolongaba en el derecho y en el tiempo. Nunca a los que tenían tan poco se les exigió tanto<sup>769</sup>.

Las condiciones que soportaban los reclusos eran infrahumanas, así es que a finales del siglo XVIII se dirigió la atención a la reforma carcelaria británica, siendo el fundamento principal la necesidad “humanizadora” de tal aberrante situación<sup>770</sup>.

### **1.1.a) El proyecto de BENTHAM<sup>771</sup>**

---

<sup>769</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones...* Op. Cit. pg. 38

<sup>770</sup> SELLERS, M.: *The history and politics of private prisons*. U.S Associated University Press. 1993, pgs 48-56

<sup>771</sup> Es necesario tener presente el contexto filosófico en el que BENTHAM realizó su exposición. Sus trabajos iniciales atacaron el sistema judicial y legal inglés lo llevaron a la formulación de la doctrina utilitarista, plasmada en su obra principal: *Introducción a los principios de moral y legislación* (1789). En ella preconizaba que todo acto humano, norma o institución deben ser juzgados según la utilidad que tienen, esto es, según el placer o sufrimiento que provocan a las personas. A partir de esa simplificación de un criterio tan antiguo como el mundo, proponía formalizar el análisis de las cuestiones de las

Es de vital importancia en la concepción de la injerencia privada en el ámbito prisional la postura de BENTHAM quien (ya en 1791) sostenía que la administración privada de las prisiones implicaba, en la concepción del autor inglés un medio de “inversión” notando en la prisión una fuente de beneficio comercial<sup>772</sup>, que se traducía al mismo tiempo en injerencia de los particulares en la administración del lugar. La administración contractual era el proyecto del panóptico. Defendía pues, la administración penitenciaria por contrato, apoyándose en tres premisas: sería más económico, evitaría crear una nueva pirámide de plazas asalariadas, y sería más críticamente supervisado. Su propuesta, afirma SANZ DELGADO, comprendía, mínima privacidad, máxima visibilidad, trabajo, educación y justo tratamiento en un establecimiento abierto a la inspección pública, en todo momento, en una penitenciaria administrada con un criterio economicista donde los presos serían empleados como un tiempo máximo 16 horas diarias en sus celdas, y todos los beneficios irían para el contratista privado encargado de supervisar y controlar la casa<sup>773</sup>. BENTHAM, hay que tenerlo presente, se encontraba también notablemente influenciado por las ideas

---

cuestiones políticas, sociales y económicas sobre la base de medir la utilidad de cada acción y decisión. Así se fundamentaría una nueva ética, basada en el goce de la vida y no en el sacrificio o el sufrimiento. El objetivo último de lograr «la mayor felicidad para el mayor número» le acercó a corrientes políticas progresistas y democráticas: la Francia republicana surgida de la Revolución le honró con el título de “ciudadano honorario” (1792), si bien BENTHAM discrepaba profundamente de ROUSSEAU y consideraba absurdo el planteamiento iusnaturalista subyacente a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Negaba también la “religión natural”, que construía el concepto de Dios por analogía con los soberanos de la tierra, y defendía la “religión revelada”. En la teoría del conocimiento, era nominalista. Lo bueno es lo útil, y lo que aumenta el placer y disminuye el dolor. “La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos: el dolor y el placer. Ellos solos han de señalar lo que debemos hacer”. La ética se convierte, para BENTHAM, en una cuestión de cálculo de consecuencias o consecuencialismo. Habla de un cálculo de felicidad, intenta dar un criterio para ayudar a los demás en la búsqueda de lo útil, y hace una clasificación de placeres y dolores.

Importante por otra parte, ha sido la influencia la obra de HOWARD en el pensamiento de BENTHAM. Sobre todo el ideal reformista, inspirado en la descripción cruda de las prisiones que el escritor inglés había recorrido. Así, éste hacía mención especial a los efectos que el encierro en mazmorras oscuras y húmedas provocaba en los presos. “reos que oyeron, arrogantes su sentencia, se sintieron horrorizados y derramaron lágrimas cuando llegaron a esas mazmorras incomunicadas y oscuras” En nuestro descenso, relata, HOWARD, fue necesario encender antorchas hacia donde no hay luz y apenas llega el aire por un túnel de piedra en un rincón de cada celda. En la cárcel de Alost, halló siete reclusos, tres en un calabozo oscuro, otro en una mazmorra de aspecto peor y los tres restantes en una jaula.” Nunca se les permite salir y les pasan comida por una abertura en la parte inferior de la puerta y el agua ha llegado a alcanzar a cubrir el cuerpo entero de los encerrados en ellas. En determinados calabozos los cuadros de miseria son estremecedores, relata el autor inglés, “el confinamiento de los reclusos rebasa la capacidad de la naturaleza humana, por lo que a veces el prisionero pierde la razón, a medida que descendía percibí los gritos de los dementes, con todo vi una mujer que a pesar de llevar 47 años encerrada no había perdido la razón” Vid. HOWARD, J.: *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. Estudio introductorio de Sergio García Ramírez*, Ed. Fondo de la cultura económica, México, 2003, pg. 245. Sin dudas, estos hechos han sido claves en el ideal privatizador propuesto por BENTHAM.

<sup>772</sup> Vid. al respecto: ZYSMAN QUIRÓS, D.: “La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política anglosajona” en *Política criminal...* Op. Cit. pg. 282

<sup>773</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit, pg, 73

humanitaristas de HOWARD<sup>774</sup>, lo que se evidencia en la concepción reformista de la prisión.

BENTHAM, insistía en la libertad de ejecución ante cualquier interferencia gubernamental. La regulación del panóptico por parte del gobierno, como elemento de supervisión, era innecesaria a sus ojos. “Su organización descansaría mejor en el propio interés del contratista por mantener su fuerza de trabajo en un estado saludable y productivo”<sup>775</sup>. Como medida de control, BENTHAM, no creía que las arbitrariedades en la custodia de los presos pudieran ser refrendadas únicamente por las reglas y la inspección del establecimiento. Insistía en que los empresarios-gobernadores sólo observarían las normas si ello podía repercutir en su interés económico. Si las reglas ni la inspección eran bastantes, se hacía necesario, instituir un sistema de penas pecuniarias y recompensas para incentivar al personal de custodia por el ejercicio de obligaciones profesionales. Respecto a la responsabilidad del empresario por el cuidado de los convictos y para asegurar la no explotación laboral llevada hasta la muerte de los presos veía la utilidad de un sistema de multas, a pagar por aquél al estado por cada convicto que muriera en prisión y excediera del promedio de mortalidad anual en Londres<sup>776</sup>.

### **1.1.b) Los antecedentes en Norteamérica**

Hacia finales del siglo XVIII surgía un nuevo tipo de institución destinada para la ejecución penal, afirma SANZ DELGADO con acierto, “perfeccionadas en América del norte como grandes estructuras para el internamiento de los delincuentes, recogiendo el sentido de reclusión y dotándolas de un régimen propio: las penitenciarías. El nexo protestante había viajado a la colonia británica en América y una filosofía penal

---

<sup>774</sup> Vid al respecto: RUIZ ORTÍZ, S.: “Evolución histórica de la criminología” en *Cuadernos de criminología*, Madrid, 1998. Naturalmente por la influencia de HOWARD entendía también que el papel de la prisión debe estar destinado a “retraer de la imitación de los delitos de los presos durante su cautividad: mantener entre ellos la decencia: conservar su salud y la limpieza, que es parte de ella: estorbar su fuga, procurarles los medios de subsistencia para el tiempo de soltura: darles las instrucciones necesarias: hacerles adquirir hábitos virtuosos: preservarles de todo mal ilegítimo: procurarles el bien estar de que es susceptible su estado, sin ir contra el objeto del castigo, y en fin, lograr todo esto por medios económicos, por una administración interesada en el buen éxito y por reglas de subordinación interior, que ponen a todos los empleados bajo la mano del jefe y al jefe mismo bajo los ojos del público (...) el resultado llevaría a lograr una reforma verdaderamente esencial de las prisiones” Cfr. BENTHAM, J.: *Tratado de legislación civil y penal. Panóptico*, Traducción de PIMENTEL, J, Ed. Dumont, México, 1965, Tomo V. pg. 549

<sup>775</sup> Vid. SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg. 75

<sup>776</sup> BENTHAM, J.: *Tratado de legislación...* Op. Cit, pg 571; Vid también SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg. 76

característica”<sup>777</sup>. Siendo la influencia de los cuáqueros definitiva, como lo hemos visto con anterioridad, en la influencia religiosa para la concreción de la prisión como pena en sí misma.

Ya en los siglos XVIII, XIX, e inicios del XX, el sector privado tenía una activa participación en la gestión de las prisiones en América del norte, utilizando la mano de obra barata o sin costo de los presos alojados en ellas<sup>778</sup>.

En la etapa colonial, EE.UU mantenía el esquema inglés respecto de las prácticas penales, la tendencia era, por tanto, privatizadora. El penado debía pagar por su manutención y por el servicio carcelario, para ello estaba destinado su trabajo y con el restante podía saldar también las deudas económicas pendientes, que podían haber originado precisamente su privación de libertad.

Durante la mayor parte de la historia correccional de EE.UU, se ha esperado que los presos generen una ganancia para la institución o que al menos paguen su manutención, si no fuera posible una ganancia. Esto significaba que si los presos no podían producir dentro de la prisión bienes vendibles podían ser arrendados a granjas privadas, para poder generar un ingreso.

A lo largo de casi todo el siglo XVIII, las prisiones se mantenían por una combinación de cobros de tarifas a los reclusos por su manutención y venta del trabajo de los mismos. Todo bajo las peores condiciones: “Escasamente existió alguna separación por tipo y características de los reclusos. Las mujeres y los niños frecuentemente compartieron el mismo espacio físico con los criminales más peligrosos, bajo condiciones antihigiénicas. Quien quería mejores condiciones debía pagarlas. Además se debía destinar dinero para el carcelero, para el sheriff y para los servicios básicos”<sup>779</sup>.

Después de la guerra civil estadounidense, hubo gran interés en el sur de EE.UU por aplicar la práctica de “arrendamiento de reclusos” ante la necesidad de reemplazar la libertad de los esclavos por una fuerza laboral barata, que sirviera al mismo tiempo para la reconstrucción del devastada economía del país<sup>780</sup>. El arrendar prisioneros

---

<sup>777</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg 98

<sup>778</sup> CARRANZA, E.: “La privatización...” Op. Cit., pg. 316

<sup>779</sup> CRIPE, C.: *Legal aspects of correctional management*. Aspen Publishers, Boston, 1999, pg. 387

<sup>780</sup> Con todo, en porcentaje abrumador, la nueva fuerza de trabajo estaba constituida también por hombres afroamericanos.

La fórmula subversiva de LOCKE de que “todos los hombres son creados en la igualdad” fue receptada en América por JEFFERSON en sus *Notes on the state of Virginia* de 1785. Sin embargo, tenía la sospecha que “los negros, bien porque sean una raza originalmente distinta o bien porque se hayan hecho distintos con el tiempo y con las circunstancias, son inferiores a los blancos en las dotes corporales y espirituales”. Si bien es cierto que JEFFERSON cambiaría o al menos dudaría posteriormente de esta concepción, lo cierto es que con la reacción contra la Revolución francesa la opinión ocultase su desplazo

temporalmente, maximizaba ganancias económicas de los agentes administradores, quienes vendían los productos directamente al mercado abierto, en tanto los prisioneros no recibían compensación alguna por su trabajo. Los presos fueron casi literalmente vendidos en esclavitud por el término de sus condenas y explotados sin piedad por sus patronos, ante tales circunstancias las fugas y las muertes compartían el protagonismo de la desgracia, los grilletes y las cadenas y otras formas de penas corporales volvía a salir a la luz, a reaparecer, nos ilustra al respecto SANZ DELGADO.

En los años inmediatamente posteriores al final de la guerra “gravados con pesadas cargas fiscales para enfrentarse a los gastos de la reconstrucción de la destruida economía y, sometidos a la tradicional convicción de que los convictos deberían con su trabajo reembolsar al gobierno el coste de su mantenimiento e incluso generar ingresos adicionales, las clases dirigentes, inspirándose en su pasada experiencia en los arrendamientos penitenciarios, reintrodujeron un sistema de servidumbre penal que haría esclavos públicos a los presos negros y pobres, así como de los blancos sin influencias. En algunos estados tales presos llegaron a ser, de hecho, los esclavos temporales o de por vida de empresarios privados y compañías en quienes el gobierno delegaba el derecho de explotarlos con un fin lucrativo” así, nos dice SANZ DELGADO, anteriormente a la guerra civil, la cuestión referida al sometimiento a prisión de los negros no tenía un sentido efectivo, pues, como esclavos mayoritariamente, no disponían de libertad alguna de la que ser privados y, en cualquier caso, esta medida hubiera despojado a sus amos blancos de la posibilidad de hacer uso de su trabajo. Tras la guerra y la proclamación de la emancipación racial, aquellos negros que transgredieron las leyes, algo habitual en una época de severa recesión y falta de oportunidades eran castigados y frecuentemente arrendado su trabajo prisional a los empresarios en las mismas tierras que les había visto trabajar como esclavos<sup>781</sup>.

Compañías industriales dedicadas al tendido ferroviario, a la construcción de canales y a la minería, serían las concesionarias del trabajo de los presos además de los contratistas privados individuales que los utilizaban en sus plantaciones. Los problemas económicos, como hemos dicho, acentuaron el interés por la utilización de este sistema,

---

hacia una concepción antitética. El determinismo racial sería la forma que adoptaría la ciencia de la cultura para sostener determinado estado de cosas, el control del marginado adoptaría diferentes ropajes, las diferentes disciplinas y “la ciencia” tales, la antropología, la física, química y las diferentes ciencias de la vida formularían las prácticas y discursos necesarios. Lo cierto es que antes del siglo XIX ninguna nación había impulsado tanto a sus sabios por probar que la supremacía de un pueblo sobre otro pueblo era el resultado inevitable de las leyes biológicas del universo. Vid.: HARRIS, M.: *El desarrollo de la teoría antropológica: una historia de las teorías de la cultura*, Ed. Siglo XXI; Buenos Aires, 2001

<sup>781</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg. 125



sin duda, tras la guerra civil se constata un renovado ímpetu dirigido a la explotación laboral de los reclusos<sup>782</sup>.

Así, en definitiva, a lo largo de casi todo el siglo XVIII las prisiones norteamericanas se mantenían por una combinación de cobro de tarifas a los reclusos por su manutención y la venta esclavizada de su trabajo.

Ahora bien, el sistema penal de los Estados Unidos experimentó vigorosamente diversas clases de privatización carcelaria durante la mayor parte del siglo XIX. Las legislaturas de la época estaban muy interesadas en mantener en un mínimo los costos del sistema penitenciario. Ni el público ni los administradores compartían el entusiasmo ni el interés rehabilitador de la época, perseguido por los reformadores<sup>783</sup> lo que condujo a una falta de preocupación por desarrollar sistemas de fiscalización: mientras las relaciones entre el sistema carcelario y el sector privado produjeran ingresos que redujeran el costo de manutención de aquel, existía poco interés en inspeccionar las condiciones institucionales. Sin embargo, este primer desinterés se transformó luego de que se constataran las gravísimas condiciones de la prisión bajo la iniciativa privada lo que generó una investigación legislativa que atacó “el brutal sistema de arriendo del trabajo de los reclusos” y originó una modificación en 1833, por la que el estado volvía a mantener el control de la penitenciaría y los convictos, pero continuaba contratando con intereses privados. En 1885, trece estados habían traspasado parte de su población reclusa a contratistas privados. Pocos años después del desenlace de la guerra los planteamientos contrarios a las prisiones privadas alcanzaron un importante éxito judicial: en 1871, la suprema corte de Virginia emitió un fallo respecto a que el trabajo de los reclusos no es mejor que el trabajo esclavo en las plantaciones y en las fábricas y posteriormente lo abolió<sup>784</sup>. Por otra parte, los empresarios no favorecidos con contratos de trabajo de reclusos sumado a la protesta de los gremios al verse privados los trabajadores libres de fuentes laborales por lo exigua (económicamente) que resultaba la mano de obra de los reclusos, fueron factores determinantes a que en 1842 se sancionará en Nueva York la ley laboral que introdujo al sistema una serie de restricciones que lo debilitaron económicamente, en cuanto a la asignación de contratos, y clases de productos que podían producirse. A finales del siglo XIX, la más generalizada objeción contra la contratación de reclusos se resume en un voto de

---

<sup>782</sup> Cfr. SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg. 121

<sup>783</sup> RYAN M.: *Privatization and penal sistem: The american experience, and the debate in Britain*; New York, Saint Martin Press, 2001

<sup>784</sup> SELLERS, M.: *The history and politics of private prisons*, U.S Associated University Press, pg. 50

minoría de la Convención Demócrata de Luisiana, en 1883 “El empleo de convictos fuera de los muros de la penitenciaría es nocivo para los intereses de la parte laboral honesta del estado. Hace entrar esa especie de trabajo esclavo en competencia con la industria honesta para gran provecho pecuniario del concesionario penitenciario, pero con desastrosos resultados en cuanto concierne al trabajo libre y honesto”. En esa oportunidad, el informe final condenó el sistema de contratación del trabajo de reclusos y llamó a su reemplazo por un sistema de obras públicas. En 1901 Luisiana abolió dicho arriendo. Fue una evolución representativa: los estados, uno tras otro, fueron poniendo término a los acuerdos vigentes sobre contratación privada del trabajo de reclusos, a lo que contribuyeron algunos estallidos de violenta oposición de parte de algunos grupos laborales.

Llegado el siglo XX diversos estados habían aprobado legislaciones que restringían el uso de trabajo de reclusos por empresas privadas así como la venta al mercado libre de bienes producidos en prisión, reemplazándola por un uso estatal de los mismos. La primera legislación restrictiva del comercio de bienes producidos por reclusos entre los estados se aprobó en 1888 y en 1889 treinta y cinco estados aplicaban total o parcialmente el sistema de “uso estatal”<sup>785</sup>

Podemos decir entonces, junto al Profesor de Alcalá, SANZ DELGADO que, la historia de la infiltración de lo privado en el ámbito penitenciario, se concretaría así, en localizaciones y actividades como lo fueron: a) las primitivas prácticas de los derechos de encarcelaje; b) las casas de corrección surgiendo como primeras prisiones propiamente dichas; c) el esquema contractual del proyecto panóptico de BENTHAM; d) los modelos de transportación y asentamientos coloniales; e) las penitenciarías y organizaciones regimentales del trabajo penitenciario decimonónico en los estados unidos de América y en alguna asimilación europea, y f) los sistemas de contratación y cesión competencial pública propios de finales del siglo XX

## **2)-Las prisiones privadas en la actualidad. Especial referencia a EE.UU**

La administración penitenciaria norteamericana, se encontraba fundada en el siglo XX (como lo está en los albores del siglo XXI), en el redescubrimiento de antecedentes

---

<sup>785</sup> Cfr. ORTIZ OCAMPO, R.E.: *La privatización de establecimientos penitenciarios en los estados unidos de Norteamérica, algunas implicaciones socioeconómicas*, Univ. De las Américas Puebla, 2002

históricos que le devuelven la rigurosidad e irrespetuosidad por los derechos humanos de los reclusos, de igual manera que antaño.

De acuerdo a lo afirmado por SANZ DELGADO, tal situación encuentra su origen, en gran medida, en la transformación sufrida en materia judicial y en política correccional de mediados de la década del 70' del siglo pasado, fenómeno coetáneo con la crisis del ideal rehabilitador, sostiene el autor citado. La negativa opinión norteamericana acerca de la administración pública durante las décadas del 70' y 80' en una fuerte conexión con la reaparición de la ideología política y social conservadora de la sociedad norteamericana. El desencanto producido por cuestiones como la guerra de Vietnam, la depresión económica y la preocupación pública ante el uso de las drogas y el crimen influirá en la opinión política de la población que buscaría soluciones entre las ofertadas por la ideología conservadora. Serán así, las políticas neoconservadoras de la década del 80' y sus responsables quienes mayor impulso real dieran a la política desreguladora y encaminada a la desintitucionalización por medio de la privatización de empresas y servicios públicos. La privatización permitiría el logro simultáneo de dos apreciados ideales neoconservadores que, usualmente se mostrarían contradictorios: la disminución del gobierno o de la intervención gubernamental y la expansión del aparato represivo<sup>786</sup>.

El movimiento de reforma penal y penitenciaria estadounidense vino a terminar asumiendo medidas legales de mayor seguridad como el “*three strikes and out*”<sup>787</sup>, una suerte de orientación penal preventivo-general negativa, basado en la pura disuasión y en la incapacitación e inocuización como fines primordiales a los que se destina la pena privativa de libertad, con un derivado crecimiento exponencial de la población reclusa u ofertando fórmulas penitenciarias privatizadoras, acordes con los fines empresariales meramente reclusivos<sup>788</sup>.

SANZ DELGADO sostiene, que con todo, es necesario distinguir la expresión: *prisión privada*, con ella se hace referencia al modelo de ejecución que permite a una empresa privada diseñar, construir, y posteriormente administrar y dirigir un centro penitenciario y a los internos que en él se hallan, cumpliendo una sanción penal impuesta por el Estado; de la materia relativa a la participación del sector privado en el entorno

---

<sup>786</sup> Cfr. LOGAN, C.H.: “The propriety of prisons” en Federal Probation, 1987, pg. 36 Vid. también SANZ DELGADO, E.: “Las prisiones...” Op. Cit. pg 230

<sup>787</sup> Puede traducirse como “*tres golpes fallidos y afuera*” a aquél sistema típicamente norteamericano que establece que la tercera comisión de un delito, aunque sea menor, puede dar lugar a condenas que implican desde un agravamiento por “acumulación”, que puede traducirse en una condena obligatoria de por vida en prisión, sin la posibilidad de *parole* hasta la imposibilidad de acceso a ciertos beneficios. Vid. al respecto ZYSMAN QUIRÓS, D.: “La crisis...” en *Política criminal...* Op. Cit pg. 270 y sgs.

<sup>788</sup> SANZ DELGADO, E.: “Las prisiones privadas...” Op. Cit, pg 32

penitenciario que despliega otras muchas vertientes<sup>789</sup>, tales como servicios tercerizados, llámese limpieza, alimentación, transporte, recolección de residuos, etc.

La era contemporánea de las cárceles con fines de lucro se inició a mediados de 1980 en los Estados Unidos. Kentucky fue el primer Estado de la Unión que le entregó a una empresa el manejo completo de una prisión, y desde entonces son más de 140 los centros penitenciarios privados del país. En la actualidad son 17 los grupos económicos que se reparten el mercado de esta poderosa industria privada. Ofrecen un amplio menú de bienes y servicios, que van desde los proyectos arquitectónicos y financiamiento para la construcción, hasta el mantenimiento, la administración, el contrato de seguros, la provisión de empleados y la búsqueda y transporte de presos<sup>790</sup>.

La prisión, genera así, una verdadera industria funcional a toda la estructura que la sostiene. La mencionada industria mueve en EE.UU diez mil millones de dólares anuales y ofrece servicios especializados en los cinco continentes<sup>791</sup>. El paquete completo que venden las trasnacionales penitenciarias y que ellas prefieren que sea aceptado íntegramente, incluye diseño, construcción, financiamiento, y administración de los centros penitenciarios<sup>792</sup>.

Desde la década del 80', como lo sostiene, MEEPEROL, se ha producido un marcado abuso de las condiciones de detención en las prisiones privadas, todo encamina, al hombre a terminar aislado y a violar la ley nuevamente. Las prisiones públicas deben rendir regularmente cuentas de su funcionamiento ante los ciudadanos. Las privadas sólo tienen responsabilidad frente a sus accionistas y no se someten a investigaciones

---

<sup>789</sup> SANZ DELGADO, E.: "Las prisiones..." Op. Cit. pg. 38

<sup>790</sup> LOZADA, M.: *Seguridad privada, su impacto en un Estado de derecho*, Ed. Abacco, Bogotá, 2000, pg. 67

<sup>791</sup> La empresa norteamericana pionera de la industria correccional, que se llama *Corrections Corporation of America* (CCA), nacida en 1983, con capital entre otras compañías, de la Kentucky Fried Chicken, ha abierto una filial en Australia, donde cuenta con un mercado considerable, ya que el 17,8% de las cárceles está en manos privadas. En sólo tres años, la CCA aumentó el valor de sus acciones de 50 millones de dólares, a 3,5 billones. El segundo grupo, es la multinacional francesa del catering Sodexho, que ofrece en Francia, servicios de gestión, porque la ley no permite allí el empleo de personal penitenciario privado. Sodexho trabaja en Chile y suministra alimentos a cárceles de España, Países Bajos y Portugal. Existen, además, otros tres grandes grupos, el norteamericano Geo Group, que gestiona la base de Guantánamo y que dispone de 69 centros en EE.UU., Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia y Canadá. El danés Group 4 Securicor está presente en 108 países con su lema "Global Solutions", y ofrece todo lo necesario para el funcionamiento de las cárceles. La tercera es Serco, una empresa del Reino Unido que tiene contratos en Norteamérica, Oriente Medio y Asia y que acaba de conseguir la primera adjudicación de servicios para una cárcel en Alemania". Vid. RIVAS, A.: "La industria..." Op. Cit.

<sup>792</sup> CARRANZA, E.: "La privatización penitenciaria..." Op. Cit, pg. 317

externas, de allí que sus dueños nunca respondan por las malas condiciones en las que se mantienen prisioneros.<sup>793</sup>

Según el *Centro Internacional de Estudios Carcelarios del King's College de Londres*, para el año 2008, EE.UU contaba con 2.385.316 de presos<sup>794 795</sup>. Un porcentaje importante, que rondaba por entonces las 150.000 personas privadas de libertad, se encontraban internas en cárceles gestionadas por la empresa privada y subcontratadas por el Gobierno norteamericano, en lo que se denomina “*Complejo Industrial de Prisiones(CCA)*”<sup>796 797</sup>.

Aun existiendo centros privados en funcionamiento en los años 80’ no existía autoridad legal para contratar el funcionamiento total de establecimientos estatales o locales. El primer contrato con un condado se firmaba en 1984 y el primero a nivel estatal llegaría en 1985. La C.C.A (Corrections Corporation of America) que había comenzado con su actividad en 1983 no informaría un beneficio anual sino hasta 1989. Nuevas compañías entraban al mercado mientras otras eran absorbidas o disueltas, contabilizándose 17 empresas para finales de 1995. El número de camas seguía creciendo llegando a 45000 a finales de 1994 o a 57600 para finales de 1995 en EE.UU. Proporcional a las plazas crecería el número de establecimientos hasta un 20, 5 % en 1994 y un 15, 4% más en 1995 hasta un total de 92 centros en los EE.UU. Y aunque para esa fecha solamente un 2% de los internos estadounidenses se encontraban en centros dirigidos privadamente, los contratos se extendían al menos a 17 estados, más Puerto Rico, ostentando la CCA el porcentaje más alto, con un 56% de prisiones privadas<sup>798</sup>

A 2010 en EEUU el número de presos llegó a los dos millones, siete millones si se incluyen los que tienen libertad condicionada y se espera que la población reclusa siga aumentando. En 1971 sólo había 200.000 presos. Un fenómeno en el que destaca el incremento de las condenas de prisión para delincuentes no violentos procesados por

---

<sup>793</sup> MEEPEROL, R.: “Cárceles privadas en Estados Unidos: un gran negocio”, en *Noticias*, Ediciones Arboleda, Bs. As. 2013

<sup>794</sup> Vid.: <http://www.kcl.ac.uk/schools/law/>

<sup>795</sup> Es necesario tener presente que hacia el año 1997 la cantidad de norteamericanos “en manos de la justicia” ascendían a los 5, 7 millones, cumpliendo lo que WACQUANT denomina penas intermedias como prisión disciplinaria, vigilancia telefónica o electrónica, probation, etc. Cifra que representa cerca del 5% de los hombres mayores de 18 años, y un hombre negro cada cinco Cfr. WACQUANT, L.: *Op. Cit*, pg 91

<sup>796</sup> Vid.: ATIÉZNAR, M.J.: “La reclusión de muchos negocio de otros” en <http://www.ucm.es/info/solidarios/ccs.php?cat=66&id=740>

<sup>797</sup> La cifra antes mencionada es descomunal si la comparamos con los 8 millones que hay en todo el mundo, incluida China; a modo de comparación: China, con más de mil millones de habitantes adultos, sólo cuenta un millón y medio de presos.

<sup>798</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg. 164

traficar con cantidades pequeñas de droga<sup>799</sup>. La industria del castigo, mantiene a EE.UU, con la mayor tasa de encarcelamiento del mundo en términos relativos al tamaño de su población, como en términos absolutos.

Al año 2010 Corrections Corporation of America (CCA) y Geo Grup (Geo), lograron ingresos por 3.000 millones de dólares. Según una investigación realizada por organizaciones civiles pese a que la incidencia de crímenes ha bajado más del 4% en EE.UU en la última década, el número de prisioneros se incrementó en un 19% en el mismo período, mientras la industria privada se expandió para alojar al 24% de la población carcelaria de EE.UU en los últimos diez años<sup>800</sup>.

La CCA es, en volumen de presos, el quinto conglomerado penitenciario del país, tras el Gobierno federal y tres de los 50 Estados, ofrece 72.500 *camas* repartidas en 65 centros que emplean a 16.000 personas. Como indica su página *web*, "la industria de las prisiones no se ve significativamente impactada por los ciclos económicos", ni por las variaciones en el precio de la energía, lo cual es verdad pues la población carcelaria en Estados Unidos ha ido aumentando constantemente desde los años setenta<sup>801</sup>.

La privatización carcelaria, es sin duda, fuente de un negocio rentable y asegurado. Aunque se ha argumentado que la implementación de este sistema significa una reducción del gasto público, tal afirmación ha sido desestimada. Así ha sido demostrado en el momento de mayor empuje de esta política privatizadora correccional, a través de estudios oficiales comparativos entre las prisiones dirigidas y gestionadas por el Estado y las de similares características cedidas al sector privado. La oficina general de contabilidad de Estados Unidos (GAO) concluyó en 1996 que, en base a los informes y estudios realizados sobre la viabilidad económica de la privatización de este sector, no existían sustanciales diferencias económicas que lo justificasen<sup>802</sup>. Sin embargo, se trata de un negocio que mueve demasiado dinero e intereses. SANZ DELGADO nos dice: "En países donde los diputados tienen acciones en las grandes empresas que se encargarán de gestionar la privación de libertad en establecimientos privados, ganando dinero por cada interno en virtud de tales concesiones estatales, las leyes pueden transformarse peligrosamente (con apoyo mediático-empresarial) y dirigirse a impulsar muchos más ilícitos penales que lleven aparejada sanción privativa

---

<sup>799</sup> PLANELLÓ, J.: *Prisiones privadas, hacia un estado penal*, Ed. C.C.S, 2010

<sup>800</sup> Informe de Union de libertades Civiles para el año 2010, disponible en [www.ulcus.com](http://www.ulcus.com)

<sup>801</sup> ORTEGA, A.: "Inversión con futuro: en cárceles privadas" en [http://elpais.com/diario/2006/12/18/internacional/1166396412\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2006/12/18/internacional/1166396412_850215.html)

<sup>802</sup> SANZ DELGADO, E.: "Las prisiones..." Op. Cit. pg. 40

de libertad. El negocio estaba hecho. Y eso ha sido así en los Estados Unidos de América y en otros ordenamientos afines”<sup>803</sup>.

Toda esa política penitenciaria es compatible, sin duda, con el ideario y la idiosincrasia estadounidense, donde la ley del mercado lo manipula todo. En Nueva York pueden apreciarse anuncios tales como: “Invierta en prisiones privadas, negocio seguro”. “Compre acciones de Corrections Corporation of America (CCA), la primera multinacional de las cárceles, con sucursales en Estados Unidos, Gran Bretaña y Australia. Inmejorables perspectivas”. “Los presos vienen más duros que nunca. Afortunadamente nuestros productos también”, asegura *Modu Forum*, que fabrica mobiliario indestructible. Mientras *Motor Coach Industries*, muestra el último modelo de prisión sobre ruedas, algo así como una perrera dividida en jaulas de acero. “Ahorre tiempo, ahorre dólares”, aconseja *Mark Correctional Systems*, fabricante de prisiones: “Economía, calidad, rapidez, durabilidad, seguridad”<sup>804</sup> En los EE.UU. “el sector” tiene hasta su revista especializada, *Correction Today* e incluso una feria anual, la: *American Jail Association* <sup>805</sup>.

Pero está dado que esta industria paralela ha evolucionado sin ningún plan o estrategia, se ha convertido en un laberinto bizarro y complejo de protagonistas públicos y privados poco entendidos y, alarmantemente fuera de control. Ha sostenido BEERY, que en forma creciente, el *Departamento de Justicia* y el *Departamento de Seguridad Interna* de Estados Unidos, están contratando externamente sus responsabilidades de detención y encarcelamiento a cientos de contratistas y sub-contratistas con escasa supervisión, poca transparencia, y a menudo consecuencias trágicas. Teniendo como resultado, abusos a los derechos humanos, despilfarro de los haberes públicos, y el inescrupuloso afán por obtener ganancias, ha penetrado y pervertido al sistema estadounidense de crimen y castigo”<sup>806</sup>.

Así, las prisiones privadas funcionan como cualquier “empresa”, con la tradicional fórmula de costos-beneficios, por tanto, para reducir costos, poco importa el “bienestar” del interno. Por ejemplo, en sitios como Tennessee, Florida o Nevada, existen concretos topes a la prestación médica de los penados, dicha reducción también se traduce en deficiente alimentación y limpieza. Sin embargo, la fórmula es simple: más “clientes”/

---

<sup>803</sup> SANZ DELGADO, E.: “Las prisiones...” Op. Cit. pg.41

<sup>804</sup> GALEANO, E. H.: *La escuela del mundo al revés*, Ed Siglo XXI, México, 2007, pg. 115. Vid también: “Prisiones: el nuevo negocio”, disponible en: [www.jornada.unam.mx/2010/10/29/index.php?section](http://www.jornada.unam.mx/2010/10/29/index.php?section)

<sup>805</sup> MACIEL, G.: *¿Innovadora solución o pragmatismo carcelario?*, Uruguay, 2006. Inédito

<sup>806</sup> BERRY, T.: Op. Cit.

mayores ingresos, así, los presos interesan a la hora de acceder a la financiación pública y la exención de impuestos.

Por otra parte y siguiendo al Profesor de Alcalá, se constata una expansión de control social formal, ya que el Estado así es capaz de aplicar su poder coercitivo y de manejar un mayor número de personas de variadas formas. En este sentido, muchos de los internos que habrían sido liberados anticipadamente en políticas de descongestión aplicadas a los centros penitenciarios, así como por falta de espacio real en los establecimientos, o que no hubieran ingresado en prisión en función de la aplicación de principios como los de última ratio o de intervención mínima, se verán de este modo emplazados en instituciones privadas de ejecución. En esta medida se oferta así, por los partidarios de la privatización para cumplir con los criterios de política estatales que dirigen la pena, mayoritariamente, la finalidad de apartamiento, incapacitación y segregación de los delincuentes, mediante su reclusión en establecimientos penitenciarios privados<sup>807</sup>

El régimen al que venimos haciendo mención, se trata, sin duda, de un sistema compatible con la idea incapacitadora de la pena privativa de libertad, que recae abrumadoramente, en EE. UU, sobre la población inmigrante, afro y, latina.

Por otra parte, el “negocio” de la privación de libertad de los inmigrantes ilegales, es una industria penitenciaria paralela que se ha extendido por todas las partes del sistema federal de detención y encarcelamiento de EE.UU, que, en manos privadas, está completamente a cargo de la detención y encarcelamiento de los inmigrantes, tanto los consignados por el Departamento de Justicia como los correspondientes al Departamento de Seguridad Interna<sup>808</sup>.

---

<sup>807</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg. 266

<sup>808</sup> Según el informe presentado por Tom BARRY, director del Programa Transfronterizo del Centro para Política Internacional, en la sesión informativa del Congreso de Estados Unidos, el 25 de enero de 2009, acerca de la iniciativa HR 2450, un proyecto de ley patrocinado por la representante Sheila JACKSON LEE, entre otros, para garantizar la rendición de cuentas fiscal, reducir el fraude y el gasto superfluo mediante la ampliación del *Acta de Libertad de Información*, para que incluya en él a todos los establecimientos penitenciarios que mantienen los presos federales y los detenidos: “Dentro del Departamento de Justicia, a partir de la mitad de la década de los 90, el Servicio Estadunidense de Alguaciles (USMS) y el Bureau de Prisiones (BOP) han incrementado la contratación de empresas penitenciarias privadas y a gobiernos locales, para que asuman la responsabilidad de la custodia de detenidos y prisioneros de orden federal. Los centros de detención más grandes y la mayoría de los centros de detención de inmigrantes bajo la responsabilidad del Servicio Estadunidense de Alguaciles (USMS) están siendo operados por corporaciones privadas. Desde 1998 el Bureau de Prisiones ha erigido diez grandes prisiones exclusivamente para inmigrantes que son administradas por firmas privadas. El otro protagonista dentro del Departamento de Justicia en la contratación a externos de los detenidos, es la Oficina de la Administración Federal de Detención (OFDT) creada en 2000 para coordinar y supervisar a una retacería, penosamente descoordinada y sin supervisión, de cárceles y centros de detención indistintamente operados por gobiernos locales, gobiernos estatales, compañías privadas y agencias



“Encarcelar inmigrantes ilegales” es el slogan en boga, y se los encierra bajo las peores condiciones, así, inspectores de la *British Prison Officers Association* inspeccionaron una especie de almacenes, de manera sistemática en diferentes prisiones, en las que centenares de inmigrantes ilegales eran encerrados 23 horas diarias, amarrados, o encadenados<sup>809</sup>.

Han salido a la luz intereses espurios de empresas penitenciarias (como CCA), que señaló en su resumen anual, que recibiría más de 74 millones en fondos públicos para administrar centros de detención de migrantes en el año fiscal 2010, donde se dejaba constancia al mismo tiempo que la prosperidad de esa empresa, en el futuro, dependerá cada vez más de aumentar el número de inmigrantes enviados a las prisiones. Se advirtió que CCA y otras empresas parecidas, canalizan fondos para promover proyectos de ley idénticos a la llamada Ley Arizona<sup>810</sup>, impulsada por empresarios dedicados al negocio carcelario en varios estados del país, sobre todo en Tennessee, Florida, Colorado, Oklahoma y Pennsylvania<sup>811</sup>.

---

federales. En parte, a causa de la creación del Departamento de Seguridad Interna en 2003, y en parte por el decreciente desinterés de la Casa Blanca sobre la crisis de los centros de detención, la Oficina de la Administración Federal de Detención al presente, funciona no como una oficina central de supervisión y coordinación para las detenciones de orden federal, sino más bien como una pequeña agencia del Departamento de Seguridad Interna que da servicio a contratistas de la rama penitenciaria privada en busca de hacer negocio con el Servicio Estadunidense de Alguaciles Además de outsourcers (es decir la contratación de empresas que presten servicios penitenciarios especializados) proveer a las empresas privadas con un creciente flujo de prisioneros y detenidos federales, los federales también han creado una industria penitenciaria adjunta de subcontratistas. Estos subcontratistas de servicios incluyen a empresas privadas de seguridad como Akal Seguridad y la Wackenhut Corporation, así como a proveedores de servicios de salud como Physicians Network Association y Correctional Healthcare Management. Esta red de empresas de servicios penitenciarios contratan o subcontratan con todos los actores principales del complejo outsourcing penitenciario: organismos federales, los intermediarios de los gobiernos locales, y las empresas privadas de servicios penitenciarios. Un preso federal puede, por ejemplo, encontrarse legalmente bajo custodia del Departamento de Justicia, pero estar detenido en una cárcel propiedad del gobierno local, operada por una empresa privada, donde su atención médica se presta en virtud de un subcontrato entre el gobierno local y una empresa de salud penitenciaria. Como otro ejemplo de esta compleja red de contratistas y subcontratistas, un detenido que se encuentre en uno de los diferentes centros de detención propiedad de la Agencia de Control de Inmigración y Aduanas, puede que en realidad no estar bajo la custodia de una empresa de seguridad privada”. Cfr.: <http://www.ircamericas.org/esp/6677>

<sup>809</sup> “Los mitos de la privatización de las cárceles. Hacia un modelo de “comercialización del delito” en: <http://puntodefuga.org/node/129>

<sup>810</sup> La Ley SB1070, llamada Ley Arizona, está paralizada aún en Tribunales, pero si finalmente es apoyada por el sistema judicial, obliga a que las fuerzas de seguridad pública en el Estado encierren a todo individuo que al ser detenido no pueda comprobar que ingresó al país de manera legal.

<sup>811</sup> Esa es la conclusión a la que ha arribado la *National Public Radio*. Luego de una investigación, debidamente documentada, quedó demostrada la connivencia del gobierno local, con legisladores y empresarios que impulsaron su sanción, de dicho entramado, saldrían beneficiadas las prisiones privadas. Las empresas tenían un nuevo negocio en vista: encerrar a los indocumentados. La empresa CCA, por otra parte, había financiado la campaña electoral de legisladores que apoyaron la iniciativa legislativa. De hecho, la mencionada empresa, en su informe anual 2009, expresa textualmente que esperaban generar nuevos ingresos a través de la agencia federal de inmigración y aduanas, encargada de detener inmigrantes. Vid. al respecto: BROOKS, D.: “Arizona, la xenofobia de estado y el negocio de encarcelar

Los costos de personal van del 60 al 70% de los costos de operación de una prisión, de tal manera que los asuntos relacionados específicamente con el personal en cárceles privadas tienen un efecto directo en los regímenes penitenciarios, así como en las ganancias y los dividendos que las empresas pueden generar. Las empresas penitenciarias pueden generar ganancias, como hemos visto, de miles de millones de dólares, en ellas hay un patrón bien documentado de capacitación deficiente, bajos sueldos, largas horas de trabajo, rotación de personal, y, en vista de la forma en que las cárceles privadas son diseñadas y organizadas, se depende más de la tecnología, particularmente de las cámaras que del contacto directo del personal con los presos. En Illinois, nos ilustra Elías CARRANZA, los guardias de una cárcel administrada por el grupo GEO ganaban apenas un poco más de 7 dólares por hora, y en cuatro años, para 2007, no habían tenido aumento de sueldo. Si se les despide quedan desempleados y con las manos vacías. Compárese esto con la posición de los representantes ejecutivos de la empresa: según documentos recientes de la compañía presentados a la Comisión de Bolsa y valores, si el número uno del grupo GEO es despedido recibirá el doble de su sueldo anual, de alrededor de tres millones y medio de dólares, y una bonificación de 1,8 millones, beneficios laborales por más de 10 años. Si se jubila recibirá 2.9 millones de dólares <sup>812</sup>

Sin duda, tal como lo sostiene NATHAN, la privatización es un arma ideológica. En 1988, en una conferencia internacional en Londres, organizada por el Instituto Adam Smith, un centro estratégico de pensamiento sobre el libre mercado, se dijo que la privatización debería hacerse de manera tal que los servicios públicos no pudieran regresar de nuevo al sector público; esto significaría un rediseño de la sociedad, en

---

inmigrantes”, Diario la Jornada. México, 21 de Diciembre de 2010. Vid también: “Cárceles privadas detrás de empuje ley antiinmigrante en Arizona”, disponible en: <http://www.elvocerous.com/inmigracion/18330-carceles-privadas-detras-de-empuje-ley-anti-inmigrante-en-arizona>

Más de 2.000 reclusos en Oklahoma podrían ser desplazados de las cárceles privadas, si un contrato federal para albergar inmigrantes indocumentados es aprobado. Asimismo, la medida podría costar al Departamento de Correccionales de Oklahoma y a los contribuyentes del estado millones de dólares por no existir cárceles disponibles. La empresa privada de cárceles CCA comunicó a los funcionarios y autoridades de Oklahoma en julio su intención de ofrecer tres cárceles a la Oficina Federal de Prisiones. Las revelaciones de hoy demuestran que la detención de inmigrantes en Estados Unidos no es impulsada por la justicia sino por una industria de prisiones privadas que buscan cómo lucrar con el encarcelamiento de trabajadores humildes, denunció Ali NOORANI, director ejecutivo del Foro Nacional de Inmigración en Washington. Vid.: “El tenebroso negocio de las prisiones privadas”, disponible en: <http://es.shvoong.com/society-and-news/politic/2088767-el-tenebroso-negocio-las-c%C3%A1rceles/>

<sup>812</sup> CARRANZA, E.: “Prisión privada” en *Cárcel y Justicia penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, Ed. Siglo XXI, México, 2009, Op. Cit, pg 312

definitiva el desmantelamiento del sector público haría que la oposición fuera la oposición por mucho tiempo. Apliquemos eso a la justicia penal, afirma NATHAN y parafraseado a George Bush, se convierte en un arma de encarcelamiento masivo. Las empresas sólo existen para ampliar sus mercados por el interés de los accionistas, tienen la obligación legal de hacerlo. Para aumentar las ganancias en el sector de la justicia penal esta industria necesita que más gente se mantenga presa durante más tiempo<sup>813 814</sup> Ahora bien, existe un aspecto particularmente llamativo que hace tan rentable a esta industria: los ingresos de las cárceles privadas no sólo provienen de los contratos con el Estado, el traslado de presos, la tercerización de servicios, sino del uso de la cuantiosa mano de obra encerrada en esas mismas prisiones, como veremos luego.

## 2.1-La extensión del modelo privatizador a otros países

El modelo privatizador es una tendencia que resulta, al menos, apetecible para diferentes países.

La Asociación Internacional de Instituciones Penitenciarias (International Corrections and Prisons Association ICPA) está particularmente interesada en trabajar en la difusión de las prisiones privadas en los llamados países en vías de desarrollo, así, nos dice Elías CARRANZA, que en la conferencia del ICPA en 2001, el representante de una empresa estadounidense manifestó que la estrategia de la industria debería ser

---

<sup>813</sup> NATHAN, S.: “Privatización de la prisión” en *Cárcel y Justicia...* Op. Cit. pg. 318

<sup>814</sup> Ha tomado trascendencia pública a partir de una publicación en el periódico *The Guardian* de Gran Bretaña del 3 de Marzo de 2009, el caso de dos jueces estadounidenses: Mark Ciavarella, y Michel Conahan, caso al que alude Elías CARRANZA “(...) recibieron dos millones seiscientos mil dólares de compañías pertenecientes al Mid Atlantic Youth Services Corp para ayudarlos a llenar sus prisiones. Ambos enviaban chicos y chicas a la cárcel (dos mil al menos) por conductas triviales, algunas de ellas ni siquiera eran delito. Por ejemplo: una chica de 15 años llamada Hilary Transue fue condenada a tres meses de prisión por crear una página web ridiculizando a su asistente principal en el colegio, o el caso del niño de 13 años condenado a una prisión para adolescentes con disciplina militar por entrar sin permiso a un edificio vacío. Sentenció también a la niña Janie Quinn de 14 años por dar una bofetada a una amiga durante una discusión luego de que la amiga la bofeteara a ella. Las prisiones privadas les pagaron a los jueces corruptos no solamente para aumentar el número de menores de edad condenados sino también para cerrar otra prisión del sector público que competía con la de ellos” También el diario estadounidense *The Wall Street Journal* ha demostrado que como resultado de los cabildeos de los corredores de bolsa de valores, hay cárceles privadas de Misisipi y California a las que se les ha estado pagando por presos que no existen. Se les garantizó a las corporaciones penitenciarias que tendrían un determinado número de personas presas. Si los tribunales no producen suficiente número de condenas, las corporaciones reciben igual su dinero. Esto causó escándalo en los contribuyentes de los dos estados por cuanto ambos habían recortado otros servicios públicos esenciales para poder afrontar los pagos “La expansión de la prisión ha generado un nuevo grupo de intereses privilegiados interesados en producir en mantener prisiones llenas y en construir más. El resultado está siendo un bazar financiero y político cuyo botín son los condenados con trajes a rayas” Vid. al respecto: CARRANZA, E.: “La privatización penitenciaria” en *Cárcel y justicia...* Op. Cit. pg 319, Vid también: *Prision privée*, <http://www.guardian.co.uk/>

presentar atributos “sin que pareciera que estaba buscando contratos”<sup>815</sup>. Varias compañías estadounidenses dedicadas a este negocio se han establecido en Canadá, Australia, Nueva Zelanda y el Reino Unido.

La mayoría de las naciones europeas han optado por un modelo intermedio, las cárceles semi-privadas. “Es decir, diseño, construcción y gestión en manos privadas, con dirección y vigilancia a cargo del Estado”<sup>816</sup>. Francia y Alemania son ejemplo de este tipo de gestión. Se suman, Escocia, Sudáfrica La idea también se encuentra en desarrollo o implantada también en países como: Chile, Costa Rica, México, Venezuela y Brasil<sup>817</sup>.

En Chile se inauguró en 2005, la primera cárcel concesionada a privados. Dicho país, avanza así, en un ambicioso programa de construcción de diez unidades carcelarias concesionadas a operadores privados, que habilitarán 16.335 plazas de las cuales el 48,6% estarán destinadas a régimen de máxima seguridad según el proyecto oficial. La particularidad del vasto programa de construcciones se destaca al proponer un quiebre con la política carcelaria de Latinoamérica: el constructor y operador del establecimiento no sólo será privado, sino que además tendrá a cargo la alimentación, salud, higiene y el tratamiento de readaptación social de los internos, mientras Gendarmería de Chile –institución penitenciaria allí- se concentrará en las funciones de vigilancia, seguridad y administración del penal<sup>818</sup>.

Pero no sólo se trata de privatización de sus prisiones, como corolario, para no dejar dudas acerca de la vigencia de esta puesta en práctica de las sociedades de control, en las moles edilicias chilenas, llamadas prisiones privadas, la seguridad externa se basa en el sistema concéntrico de anillos de seguridad –muro y/o alambradas- y áreas de exclusión vigiladas, para permitir “reaccionar adecuada y gradualmente frente a cualquier eventualidad” dice el proyecto. Los obstáculos físicos son complementados con observación por televisión por circuito cerrado con interfaz digital y detección por sensores que se constituye en una herramienta de la seguridad interna a lo que se suman el control centralizado de puertas para el control remoto de las vías de circulación; sistemas de interferencia de comunicaciones inalámbricas no autorizadas dentro y alrededor del predio penal. Se agregan sistemas de detección por rayos X de alta

---

<sup>815</sup> CARRANZA, E.: “La privatización...” Op. Cit, pg 318

<sup>816</sup> RIVAS, A.: Op Cit

<sup>817</sup> BARBOZA, M.: *Informe sobre prisiones privadas. La globalización de la indignidad*. Santiago, 2007

<sup>818</sup> En Enero de 2001, el Ministerio de Justicia acordó con el de Obras Públicas de Chile, la ejecución de un proyecto que por primera vez permitía el ingreso de capitales privados a la construcción de recintos penitenciarios. Nació así el Programa de Concesiones de Infraestructura Penitenciaria

resolución para el ingreso de bultos; sistemas altamente sensibles de detección de metales, de drogas y explosivos de última generación -por aspiración de partículas- que, “mediante el uso de portales, permiten su uso en grupos de personas dando mayor seguridad en menor tiempo, con lo que se optimiza la revisión y el ingreso de visitas” precisan los documentos oficiales de construcción de los penales<sup>819</sup>. El programa, que duplicará la infraestructura penitenciaria chilena existente, prevé una inversión privada de 280 millones de dólares para la edificación de 370 mil cuadrados. La concesión es a un plazo de 20 años<sup>820</sup>.

A fin de 2009, Brasil -el país más grande de la región- tenía listas ya sus primeras dos prisiones construidas y administradas por empresas privadas. El complejo penal de Ribeirão das Neves, en el estado de Minas Gerais, y el Centro Integrado de Resocialización de Itaquitinga, en Pernambuco, tienen capacidad para alojar a unos 3.000 presos, respectivamente. Ambos presidios se construyeron siguiendo el modelo de Sociedad Pública-Privada (PPP, según su sigla en portugués y en inglés), un formato desarrollado por el gobierno británico que permite usar capital privado para pagar por infraestructura pública. De acuerdo con sus impulsores, una de sus principales ventajas es que permite financiar obras costosas, evitando que el Estado tenga que realizar millonarias inversiones iniciales. Sin embargo, el estado de Minas Gerais anunció que pagará 75 reales (cerca de US\$50) diarios al consorcio brasileño Gestores Carcelarios Asociados por cada preso que aloje en la cárcel de la periferia de la capital estatal, Belo Horizonte.

Brasil es uno de los países con mayores problemas de hacinamiento carcelario del mundo. De acuerdo con datos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), unas 470.000 personas cumplen condenas en presidios que tienen capacidad para albergar a 300.000 reos. Las nuevas cárceles privadas de Minas Gerais y Pernambuco serán las primeras en las que la seguridad también será responsabilidad de una compañía. Sin bien el Estado estará a cargo de vigilar el perímetro externo de los establecimientos y de trasladar a los reos, la vigilancia dentro de los presidios quedará en manos de las empresas que las manejen<sup>821</sup>.

En Alemania, las penas de cárcel ya pueden cumplirse en penitenciarías parcialmente privadas, como la inaugurada en Huensfeld, Essen. El Gobierno alemán ha dado ésta

---

<sup>819</sup> Información disponible en: <http://www.minjusticia.cl/minjus/>

<sup>820</sup> Vid.: “Cárceles privadas en Chile. El Estado sólo controla la seguridad”. Disponible en: <http://prisionesypenas.blogspot.com/2006/02/crceles-privadas-en-chile-el-estado.html>

<sup>821</sup> Vid.: SMIK, V.: *Brasil y las cárceles privadas*, Ed. Universidad de Minas Gerais, 2010

concesión al líder del mercado en Gran Bretaña -Serco Group ya gestiona allí cinco penales de este tipo para adultos y uno para menores- También Francia, donde ya ha visto la luz, el primer centro penitenciario totalmente construido y administrado por el sector privado, que reemplazará a una de las prisiones más viejas de Francia. La nueva prisión de Nancy sustituirá a la actual superpoblada y vetusta construida en 1857 en un antiguo convento. La construcción de esta prisión forma parte de una licitación otorgada al grupo de BTP Eiffage. Y comprende también los futuros establecimientos de Roanne-Lyon y Béziers. Según las modalidades de esta colaboración pública-privada, el financiamiento, la construcción, el mantenimiento y la conservación son confiados a la empresa privada durante 30 años<sup>822</sup>.

En Australia, el primer ejemplo de prisión privatizada surge en el estado de Queensland. El primer establecimiento privatizado, el Borallon Correctional Centre, se abrió a este tipo de administración en enero de 1990, destinado a una población de alrededor 244 internos en régimen de mediana seguridad. Concebido como un centro de mínima y mediana seguridad, hacia julio de 1991, operando a la máxima capacidad, la clasificación del establecimiento cambiaba a mediana seguridad. La concesión del contrato inicial de tres años con opción de ampliación a otros dos años se asignó a la Corrections Corporation of Australia, un consorcio empresarial entre Wormald Security Australia y John Holland Holdings y la corporación estadounidense Corrections Corporation of America (CCA). Todo bajo un sistema de administración contractual, que ha sido emprendida sobre la base de contratos que especifican los resultados en mayor medida que los procesos, esto le da al administrador privado el máximo grado de libertad para la gestión, siendo los resultados requeridos la ejecución de los servicios de alimentación, seguridad, control asistencia sanitaria, y servicios psicológicos. Aunque lo que se ha constatado en la realidad, afirma MOYLE, ha sido un régimen de encierro continuado de los internos, en las celdas de 20 horas al día, inadecuados servicios y prestaciones educativas de toda índole, alto índice de conflictividad y asaltos en el centro, así como en los primeros meses de funcionamiento dos motines contabilizados con graves consecuencias económicas por el deterioro de los materiales<sup>823</sup>.

Inglaterra y Gales han superado en estas fechas el nivel de 80.000 personas encarceladas. Las tendencias británicas se habían *americanizado* hace tiempo, y se han

---

<sup>822</sup> FIERRO, D.: *Alemania y Francia se apuntan a las cárceles privadas*, disponible en: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=24834>

<sup>823</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones...* Op. Cit. pg. 195

visto agravadas por el fracaso de las nuevas sentencias suspendidas, un sistema que introdujo el Gobierno de Tony Blair en 2005 por el cual a la vez que se endurecían con penas de cárcel condenas por delitos menores que antes conllevaban sólo trabajo social, podían quedar en suspenso. Pero en caso de reincidencia se cumplen plenamente, y es lo que ha ocurrido. Se han dado 3.000 de estas condenas al mes, y han acabado en la cárcel 800 personas en los primeros ocho meses de 2006, frente a 132 en todo el año anterior. Esto ha provocado una sobrepoblación en los centros penitenciarios. El Home Office (Ministerio del Interior) calcula que necesita 8.000 nuevas plazas de reclusos, pero Hacienda no está dispuesta a sufragarlas y se sopesan otras alternativas. Entre ellas, según el diario *The Guardian*, está no ya la de cárceles privadas, que existen, sino inversiones privadas de accionistas en terrenos y edificios que luego se alquilan como prisiones<sup>824</sup>.

Inglaterra, Gales y Escocia tienen en cada caso aproximadamente el 11% de la población penitenciaria en prisiones privadas. Las empresas estadounidenses jugaron un papel determinante en la apertura de este mercado penitenciario. En Inglaterra y Gales todas las nuevas prisiones desde 1992, han sido financiadas, diseñadas, construidas y administradas en forma privada. Así como hay cárceles de detención de inmigrantes, cárceles de niños, establecimientos de hospedaje para personas en libertad condicional están abiertas también a la competencia del sector privado. También en las prisiones del sector público en Inglaterra y Gales, diversos servicios fuera de la custodia tales como la educación y los servicios de alimentación son contratados a servidores privados.

Hay asimismo salas de juicio y agencias de policía financiadas, diseñadas y administradas de manera privada<sup>825</sup>.

---

<sup>824</sup> ORTEGA, A.: Op. Cit.

<sup>825</sup> En Inglaterra y Gales hay una inspectora jefe independiente de cárceles, cuyo papel es hacer inspecciones anunciadas y no anunciadas a todas las cárceles. En años recientes sus evaluaciones de cárceles han tenido a ser más críticas que positivas, así nos ilustra NATHAN: En abril de 2008 la inspectora informó que el personal del centro de Capacitación Oakhill Secure, una cárcel privada que tenía en custodia a 56 jóvenes de 12 a 17 años empleó “fuerza arrolladoramente excesiva” más de 500 veces en nueve meses. También dijo que esa cárcel debería cerrarse temporalmente. Entre tanto el inspector de Educación encontró que la calidad de la enseñanza, el curriculum y la administración de conducta el liderazgo, y la administración del centro “eran inadecuados”. Posteriormente en Mayo de 2008, se divulgó que el gobierno había dado a la compañía un con 60 días de anticipación para que hiciera mejoras sustanciales. La inspectora de prisiones también informó que en la cárcel de Rye Hill, administrada por GSL los problemas eran tan graves que recomendó al gobierno “considerara enviar allí un grupo de administradores públicos superiores y de mediano rango por cierto tiempo para ayudar al director de la cárcel privada a estabilizar la cárcel”. También informó que la droga, la violencia, y la inestabilidad administrativa y de seguridad eran moneda corriente en los establecimientos penitenciarios privados para adultos. También encontró graves irregularidades en los centros penitenciarios privados para mujeres encontrándose entre los que peores condiciones tenían “a lo largo de un tiempo considerable” el personal era inexperto, el daño que se hacían las presas así mismas era endémico, no se

Francia tiene 27 cárceles semiprivadas<sup>826</sup> y el proyecto de construir 18 prisiones semiprivadas más, con financiamiento privado. Japón, Israel, Hong Kong, república Checa, Bulgaria, han adoptado algún tipo de privatización carcelaria<sup>827</sup>.

Sin embargo esta tendencia, como sostiene acertadamente NATHAN no se debe al éxito operativo probado de las prisiones privadas, más bien se debe al impacto creciente de la agenda neoliberal y a la fuerza política de los que promueven la privatización, tales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, así como a la red internacional de centros estrategia del mercado libre, consultorías, bancos y compañías que se benefician con la privatización. Estas organizaciones también erosionan la idea misma del Estado proveedor y la filosofía del servicio público. Además de haber adoptado algún tipo de prisión privada o de contemplar la posibilidad de hacerlo, estos países tienen en común que ha habido muy poco debate público sobre la privatización o no lo ha habido y otro facto común, sostiene NATHAN, es que ciertas decisiones políticas de crucial importancia han sido tomadas sin prestar atención a las preocupaciones morales, éticas y con frecuencia, constitucionales de las que están embebidas estas cuestiones. Así, las decisiones han hecho caso omiso también a las abundantes investigaciones independientes acerca de los efectos nocivos de la prisión en general y el mal funcionamiento operativo de las prisiones en particular<sup>828</sup>

### **3) Explotación laboral de los privados de libertad**

“Negocio”, es la palabra clave. Así, ha sostenido RIVAS “El negocio de la seguridad tiene su filón principal en el sistema penitenciario, en donde la empresa privada ha iniciado su desembarco bajo el silencio y complicidad de nuestros representantes políticos, en ese afán liberalizador, desregularizador y privatizador que identifica bajo el

---

habían cumplido con las horas especificadas contractualmente fuera de las celdas, la oferta de educación y aprendizaje eran apenas adecuadas, y la falta de personas impedía el ingreso de las reclusas a actividades. Y tras una investigación independiente con una cámara infiltrada se constató que la corrupción de algunos miembros del personal permitía el ingreso de drogas, y alcohol como así también la utilización de celulares para organizar negocios de drogas a gran escala. Todo la situación descripta llevó al criminólogo de la Universidad de Birmingham: David Wilson, a decir que “lo ocurrido en el reino unido, en los últimos 15 años debería hacer que la gente se detuviera a pensar acerca del impacto más general que está teniendo la privatización en nuestro sistema penal y cómo ha contribuido a crear condiciones que están convirtiendo a Inglaterra y Gales en un gulag” Cfr. CARRANZA, E.: “Privatización de la prisión” en *Cárcel y Justicia penal...* Op. Cit, pg. 307

<sup>826</sup> Esto es cuando una empresa construye la prisión y ofrece servicios fuera de la custodia mientras el Estado conserva la responsabilidad de la custodia.

<sup>827</sup> NATHAN S.: “Privatización...” Op. Cit.

<sup>828</sup> NATHAN, S.: “Privatización...” Op. Cit. pg 289



mismo concepto los servicios a la comunidad (educación, sanidad, reinserción y rehabilitación) que la producción de móviles o coches, lo importante es la obtención de beneficios, sea atendiendo a niños, enfermos, ancianos, presos o fabricando cepillos de dientes<sup>829</sup>.

Así, la industria carcelaria ha hallado una nueva veta: La explotación laboral de los privados de libertad; EE. UU ha tomado la posta.

Con todo, tampoco se trata de un nuevo fenómeno. Durante la mayor parte de la historia correccional de los EEUU se ha esperado de los presos que generen una ganancia para la institución o que al menos paguen su propia manutención, si no fuere posible una ganancia. Esto significaba que, si los presos no podían producir dentro de la prisión bienes vendibles, podían ser arrendados a granjas privadas o negocios para generar un ingreso. A lo largo de todo el siglo XVIII, las prisiones se mantenían en EEUU por el cobro de tarifas a los reclusos por su manutención y venta del trabajo de los mismos, trabajo que se realizaba en las peores condiciones, la visión fue siempre la misma, es decir, mantener un costo bajo del sistema<sup>830</sup>.

A inicios del siglo XXI, muchas de las compañías cuyos productos son consumidos diariamente se han percatado de que el poder laboral de las prisiones puede ser tan redituable como el del tercer mundo, tan explotado por compañías globales con base en EEUU<sup>831</sup>. La industria de la alta tecnología se aprovecha descaradamente de las ganancias obtenidas con la mano de obra en reclusión, que también es aprovechada por

---

<sup>829</sup> RIVAS, A.: Op. Cit.

<sup>830</sup> RIVAS, A.: Op. Cit.

<sup>831</sup> Algunas de las compañías que usan mano de obra en prisiones son: IBM, Motorola, Compaq, Texas Instruments, Honeywell, Microsoft, y Boeing. “Las tiendas departamentales Nordstrom venden pantalones que salen al mercado como “Prison Blues” en prisiones de Oregon. (Según nota del traductor Esto se traduce literalmente como “Los Azules de la Prisión”, pero el Blues se entiende también como melancolía y es también un estilo musical que se relaciona generalmente con la cultura afro-americana, que siguiendo la crítica que hace Angela DAVIS podría leerse como una forma más de racialización del sistema penal de EUA). El slogan publicitario para estas prendas es “hechas dentro para ser vestidas fuera”. Los prisioneros de Maryland revisan botellas y frascos de cristal utilizados por Revlon y Pierre Cardin, y en escuelas de todo el mundo se compran togas y birretes hechas por prisioneros de Carolina del Sur.

Los prisioneros hacen captura de datos para Chevron, reservaciones telefónicas, crían cerdos, mueven abono con sus palas, hacen tablas de circuitos, limusinas, camas de agua y ropa íntima para Vicotria’s Secret. Vid. RIVAS, A.: Op. Cit.

las “pequeñas empresas del mercado”<sup>832</sup>, todo esto por una fracción del costo de la ‘mano de obra libre’<sup>833</sup>.

Es clara la distinción de la concepción de prisión como medio de adiestramiento de los internos para la “fábrica”, en el ideario marxista de MELOSSI y PAVARINI -y de la que podríamos asumir como propia de la sociedad disciplinaria- de la explotación laboral de los presos, como un fin, sin que se constituya en medio alguno, sino que por el contrario se agota allí. Al control, entonces se suma la explotación.

Para los negocios privados, la mano de obra prisionera es como una olla de oro. Sin huelgas. Sin organización sindical. Sin beneficios de salud, seguros de desempleo o compensaciones que pagar. Sin barreras de lenguaje, como sucede en el extranjero. Las nuevas prisiones leviatánicas se están construyendo sobre miles de espeluznantes hectáreas dentro de los muros. Los salarios varían notablemente entre las prisiones privadas y públicas. En las últimas, los prisioneros ganan el salario mínimo, aunque sólo reciben 20 centavos de dólar, debido a los descuentos por el pago de “habitación y comida”. En las prisiones privadas, los salarios son aún menores, situándose alrededor de 17 centavos de dólar por hora. En 1993, una investigación realizada por *Courier Journal de Louisville*, reveló que algunas empresas privadas estaban utilizando mano de obra carcelaria en diversos trabajos de construcción, sin recibir ningún salario. El “máximo” en la escala de pago es en la prisión CCA en Tennessee donde pagan cincuenta centavos por hora en el trabajo clasificado como “posición altamente calificada”<sup>834</sup>.

A pesar de que la contratación de mano de obra privada de libertad, en esas condiciones, es algo prohibido por el Convenio N° 29 de la OIT sobre *Erradicación del trabajo forzoso*, que los EEUU, precisamente, no ratificó. Dicha Convención establece la prohibición de la contratación de mano de obra prisionera por parte de empresas privadas, salvo cuando lo sea en condiciones similares a las de la vida en libertad y cuando se trate de una prestación voluntaria por parte del interno<sup>835</sup>.

---

<sup>832</sup> DAVIS, A.: *Racismo enmascarado: Reflexiones sobre el complejo industrial de prisiones* Traducido por FUENTES, F, Universidad Autónoma de México en el contexto del *Proyecto de investigación sobre el Penal de Santa Martha Acatitla del DF Una aproximación crítica a la situación carcelaria en México*, México, 2011. Vid: [www.thirdworldtraveler.com/Prison\\_System/Masked\\_Racism\\_ADavis.html](http://www.thirdworldtraveler.com/Prison_System/Masked_Racism_ADavis.html), [home.ican.net/~edtoth/lawprisonrace.html](http://home.ican.net/~edtoth/lawprisonrace.html)

<sup>833</sup> DAVIS, A. Y.: *Racismo enmascarado...* Op. Cit.

<sup>834</sup> “Explotación de mano de obra en las prisiones privadas”, en *The Courier-Journal* (Louisville, Ky,) 21 de Diciembre de 1993, disponible en: <http://www.courier-journal.com/>

<sup>835</sup> El Convenio excluye de su campo de aplicación “cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o

Esa fuerza de trabajo carcelaria ya había crecido, en EE.UU, en un 358% entre 1980 y 1994. Muchos de los presos no reciben siquiera el salario mínimo legal y por supuesto que compiten con los trabajadores del mundo exterior pero sin poder negociar colectivamente<sup>836</sup>. Y también es cierto que es poco probable la posibilidad de comprobar que tal prestación laboral lo es en forma “voluntaria”, teniendo en cuenta la situación de inferioridad en que se encuentra el preso.

El trabajo de los prisioneros lejos de tener las garantías laborales del trabajo libre se ha convertido en una nueva forma de explotación prácticamente esclavista. Una investigación realizada por PELAEZ, da cuenta que en EE. UU, al menos 37 estados, han legalizado la contratación del trabajo de prisioneros a corporaciones privadas dentro de las prisiones estatales<sup>837</sup>.

---

servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado”

Tratándose de la privatización de las cárceles o de trabajo penitenciario la Comisión ha observado que la relación entre la autoridad pública y la empresa privada es una relación triangular. En efecto, hay una relación directa, generalmente contractual entre la autoridad pública y la empresa privada que tiene por objeto el trabajo del recluso y otra relación entre la autoridad pública y el prisionero. Generalmente no hay acuerdo entre la compañía privada y el prisionero. En ese caso, el prisionero puede ser considerado como “cedido” a la empresa privada en relación con la realización del trabajo o la prestación de servicios. Una situación comparable se presenta en el caso de las agencias de trabajo temporal donde no hay relación directa entre el trabajador y la empresa utilizadora de mano de obra. Por el contrario, existe una relación contractual entre la agencia y la empresa utilizadora así como también entre la agencia de trabajo y el trabajador. Hay sin embargo, dos diferencias que tienen una incidencia directa en la aplicación del Convenio: el trabajador temporal está amparado por un contrato de trabajo y por la protección que garantiza el derecho del trabajo, lo que no ocurre actualmente en el caso del trabajo penitenciario obligatorio; además, el trabajo penitenciario es una mano de obra “cautiva” en el pleno sentido del término. En efecto, contrariamente a trabajadores temporales, estos trabajadores no tienen acceso, ni en derecho, ni en la práctica, a otro empleo fuera del ámbito carcelario. Además, en la mayoría de los casos ninguna legislación laboral se aplica a su trabajo. Así, si el preso es obligado a trabajar por cuenta de alguna empresa privada, en algunas situaciones la relación triangular, en la cual el trabajo del prisionero es objeto de un contrato entre la administración de la prisión y una compañía privada corresponde a lo prohibido en el artículo 2, párrafo 2, c), y es incompatible con el Convenio.

La Comisión ha considerado que únicamente cuando existan las garantías necesarias para asegurar que los prisioneros aceptan *voluntariamente* el trabajo, libres de presión o amenaza de sanción alguna, como lo exige el artículo 2, párrafo 1, del Convenio, dicho trabajo no estaría comprendido en el campo de aplicación del Convenio. Sin embargo, habida cuenta de la situación de cautividad, plantea pues la cuestión de saber si los reclusos pueden realizar un trabajo para el cual se hayan ofrecido *voluntariamente* sin la amenaza de pena alguna. La pena puede consistir en la pérdida de un derecho o privilegio (ventaja) o como en el caso en que una evaluación negativa del comportamiento del preso es tomada en cuenta para rechazar una reducción de la pena.

La Comisión recuerda que el indicador más fiable de la voluntariedad del trabajo es que las condiciones en las cuales se realiza ese trabajo sean semejantes a las condiciones de una relación libre de trabajo. Los factores que deben ser tomados en cuenta en ese caso comprenden niveles de salarios (dejando margen para descuentos y cesiones), seguridad social y seguridad y salud ocupacional. Si bien es posible aceptar ciertas diferencias en las tasas de salarios y prestaciones de seguridad social, todos los prisioneros deben beneficiarse de la misma protección en materia de salud y seguridad. Vid. Convenio sobre erradicación del trabajo forzado. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 1930

<sup>836</sup> Tema sobre el que avanzaremos más profundamente, luego.

<sup>837</sup> Vid, PELAEZ, V.: “La industria en las cárceles de EE. UU: ¿un gran negocio o una nueva forma de esclavitud? en *Revista electrónica, Pensamiento Penal*” Vid:

Se impone el trabajo esclavista y los talleres de hambre en el sistema criminal de justicia, por medio del Complejo Industrial de Prisiones. Es una de las industrias de mayor crecimiento en los Estados Unidos de Norteamérica y sus inversiones están en Wall Street<sup>838</sup>.

Por el trabajo en las prisiones, los EE.UU. es nuevamente punto atrayente para las inversiones en trabajos que, solamente estaban diseñados para el Tercer Mundo, como mencionábamos ya, tal como lo sostiene PELAÉZ “Los prisioneros están a full time, no tienen problemas de llegar tarde o faltar por algún problema familiar; es más, si la paga de veinticinco centavos por hora no les conviene y se niegan a trabajar, son encerrados en celdas de aislamiento”<sup>839</sup>.

El hecho de que las empresas no tienen que ofrecer ningún tipo de beneficio social, ni pagos por concepto de enfermedad o vacaciones, hace que estos empleados constituyan instrumento ideal para generar grandes ganancias<sup>840</sup>. Cabe preguntarse también sobre los efectos en el mercado de trabajo en general que tiene la existencia de una fuerza de trabajo cautiva, cuyas posibilidades de formar sindicatos es nula, y cuyos salarios son irrisorios<sup>841</sup>.

En una investigación realizada por DAVIS se deja constancia que desde 1984 se han abierto más de veinte prisiones en California, mientras que sólo se añadió un campus al sistema de Universidades de California. La población “laboral-carcelaria”, en EE.UU, está integrada en porcentaje abrumador por afroamericanos. “El número de hombres negros en prisión es cinco veces más grande que el número de hombres negros inscriptos en colegios y universidades. Se trata de una forma de segregación doble, “negro y prisionero”. Tal como lo ha afirmado DAVIS, “(...) mientras que las prisiones proliferan en la sociedad de EEUU, el capital privado se ha enredado con la industria punitiva. Y debido precisamente a su potencial de ganancias, las prisiones se hacen más importantes en la economía norteamericana. Si la noción de castigo como fuente

---

[web:http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=article&catid=87%3Ainformes&id=1679%3AAla-industria-en-las-carceles-de-eeuu-iun-gran-negocio-o-una-nueva-forma-de-esclavitud&option=com\\_content&Itemid=10](http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=article&catid=87%3Ainformes&id=1679%3AAla-industria-en-las-carceles-de-eeuu-iun-gran-negocio-o-una-nueva-forma-de-esclavitud&option=com_content&Itemid=10)

<sup>838</sup> Vid. FRESNEDA, C.: “USA, dos millones de presos en el gulag norteamericano” en <http://historia.mforos.com/1057459/6710405-el-gulag-americano/>

WACQUANT, L.: Op. Cit, pgs. 98, 99

<sup>839</sup> PELAÉZ, V.: Op. Cit

<sup>840</sup> Un ejemplo significativo de lo rentable que resulta el empleo de prisioneros es que una compañía norteamericana cerró su maquiladora en México para instalarse en una cárcel de California -donde paradójicamente la población penal es mayoritariamente de origen mexicano-.

<sup>841</sup> GOTTEBERG, L.D.: *Vigiliar y castigar. Amasando fortunas. La privatización carcelaria*, Ed. ILC, Maracaibo, 2005.

potencial de estupendas ganancias es inquietante en sí mismo, entonces la dependencia estratégica en estructuras e ideologías racistas para hacer que el castigo masivo sea redituable y (aceptable) es aún más desconcertante”<sup>842</sup>.

Violación de los derechos fundamentales de los presos, explotación laboral en condiciones inhumanas, horas de encierro sin ver la luz del sol, son los lemas de este sistema de privación de libertad<sup>843</sup>.

### 3.1)- La situación en Argentina

En Argentina, la ejecución de la pena con todo lo que ella implica, se encuentra en manos del Estado. Sin embargo, por el carácter federal que reviste, las prisiones pueden pertenecer a las esferas provinciales o bien al Estado nacional<sup>844</sup>, por tanto, algunas

---

<sup>842</sup> DAVIS, A. Y.: Op. Cit.

<sup>843</sup> Encontramos ejemplos pasmosos de nuestras afirmaciones, así, en una visita de los Inspectores penales de la *British Prison Officers Association* se constataron las condiciones a las que eran sometidos los presos del campo de trabajo de *Silverdale*, en Tennessee (gestionado por CCA). El jefe de seguridad, les manifestó que se veían obligados a amordazar con cinta adhesiva a los presos más conflictivos. Dichas condiciones, casi de forma inevitable, y ante el sentimiento de dejadez y desidia, han provocado que la prisión de South Central doble el número de motines e incidentes GOTTEBERG, L.D.: Op. Cit, pg 45

<sup>844</sup> De acuerdo al delito que se hubiere cometido, se puede ser juzgado por un Tribunal Criminal Federal o en su defecto, por uno provincial. Debiendo purgar condena, en una prisión de una u otra jurisdicción. Son delitos de índole federal: En las siguientes causas:

1° Las que sean especialmente regidas por la Constitución Nacional, las leyes que hayan sancionado y sancionare el Congreso y los Tratados públicos con naciones extranjeras.  
2° Las causas civiles en que sean partes un vecino de la provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra, o en que sean parte un ciudadano argentino y un extranjero.  
3° Las que versen sobre negocios particulares de un Cónsul o Vicecónsul extranjero.  
4° Todo pleito que se inicie entre particulares, teniendo por origen actos administrativos del Gobierno Nacional.

5° Toda acción fiscal contra particulares o corporaciones, sea por cobro de cantidades debidas o por cumplimiento de contratos, o por defraudación de rentas nacionales, o por violación de reglamentos administrativos.

6° En general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte.

7° Todas las causas a que den lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra.

8° Las que se originen por choques, averías de buques, o por asaltos hechos, o por auxilios prestados en alta mar, o en los puertos, ríos y mares en que la República tiene jurisdicción.

9° Las que se originen entre los propietarios o interesados de un buque, sea sobre su posesión o sobre su propiedad.

10. Las que versen sobre la construcción y reparos de un buque, sobre hipoteca de su casco; sobre fletamentos y estadías; sobre seguros marítimos; sobre salarios de oficiales y marineros; sobre salvamento civil y militar; sobre naufragios; sobre avería simple y gruesa; sobre contratos a la gruesa ventura; sobre pilotaje; sobre embargo de buques y penas por violación de las leyes de impuestos y navegación; sobre la nacionalidad del buque y legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles; sobre arribadas forzosas; sobre reconocimientos; sobre abandono, venta y liquidación de créditos del buque; sobre cumplimiento de las obligaciones del capitán, tripulantes, y en general sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y comercio marítimo. Art. 3° – Los Jueces de Sección conocerán igualmente de todas las causas de contrabando, y de todas las causas criminales cuyo conocimiento compete a la justicia nacional, a saber: 1° Los crímenes cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros, serán juzgados por el Juez de Sección del primer puerto argentino a que arribase el buque.

provincias, por esa facultad que se les encuentra reservada<sup>845</sup>, han elaborado proyectos a través de sus legislaturas provinciales de privatización de sus prisiones sin que hayan tenido mayor eco, así ha ocurrido por ejemplo en la provincia de Mendoza, en donde se llegó a obtener media sanción de la ley por parte de los diputados del órgano legislativo<sup>846</sup>.

Sin embargo, con el auge privatizador de la década del 90', en Argentina se puso en marcha un proceso de concesión de ciertos servicios penitenciarios a empresas privadas. En el marco de las restricciones presupuestarias y crisis fiscal, esta opción suscitó desde el comienzo una gran expectativa por parte de las autoridades. La primera cárcel de gestión privada fue pactada en 1999 entre el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, la Secretaría de Justicia provincial y una empresa particular. Se trataba de una 'cárcel factoría' (establecida en el partido de Saavedra). El constructor y dueño del establecimiento tenía a su cargo la alimentación y salud de los internos, así como el mantenimiento del edificio. Como contraprestación cobraba un canon por cada interno que alojaba, con derecho a comercializar el producto de su trabajo. La vigilancia, tratamiento y rehabilitación de los reclusos se encontraban, según lo pactado, dentro de la órbita estatal<sup>847</sup>.

Este sistema, luego fue dejado sin efecto en el año 2005, ante el fracaso rotundo que su implementación significó, sin que haya cumplido con ninguno de los fines que en un principio se proponían, tales como ahorro estatal, sino por el contrario se produjo un

---

2° Los crímenes cometidos en los ríos, islas y puertos argentinos serán juzgados por el Juez que se halle más inmediato al lugar del hecho o por aquel en cuya sección se encuentren los criminales, según sea el que prevenga en la causa. 3° Los crímenes cometidos en el territorio de las Provincias en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofenden la soberanía y seguridad de la Nación, o tiendan a la defraudación de sus rentas, u obstruyan o corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales o de moneda nacional, o de billetes de Banco autorizados por el Congreso; serán juzgados en la Sección Judicial en que se cometieren. 4° Los crímenes de toda especie que se cometan en lugares donde el Gobierno Nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, serán juzgados por los Jueces de Sección allí existentes. 5° Los delitos previstos por los artículos 142 bis, 149 ter, 170, 189 bis, a excepción de la simple tenencia de arma de guerra salvo que tuviere vinculación con otros delitos de competencia federal, 212 y 213 bis del Código Penal. (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.817 B.O. 5/10/1990).

<sup>845</sup> En Argentina se contemplan constitucionalmente facultades delegadas en el estado nacional y facultades reservadas a los gobiernos provinciales. Éstos conservan todas aquellas que no hayan sido expresamente cedidas. Dictan sus propios códigos de procedimiento, de las esferas civil y penal y por lo tanto son competentes para legislar acerca de todo lo referido a la ejecución de la pena. Son autónomas en la administración de sus prisiones.

<sup>846</sup> CARRANZA E. "Los delitos suben igual que la inequidad" en.

<http://aulapenal.wordpress.com/2008/03/22/los-delitos-suben-igual-que-la-inequidad/>

<sup>847</sup> Vid.: LOZADA, M "Horror en las cárceles argentinas" en <http://www.insumisos.com/diplo/NODE/570.HTM>

notable incremento en los costos del erario público<sup>848</sup>. Con todo, ante el reclamo de la construcción de más plazas en las unidades carcelarias bonaerenses se ha elaborado un nuevo anteproyecto de privatización de prisiones en el ámbito de la provincia de buenos aires, así, a fines de 2009, el titular de la Comisión de Seguridad de la Legislatura de esa provincia argumentó que: “Lo que se plantea es la posibilidad de implementar un sistema mixto donde haya unidades penales privadas, para esto traemos a la mesa las experiencias de países de Europa y cárceles de Brasil. Poner la discusión sobre la mesa y si hay consenso avanzar en un proyecto”. Sin embargo, esta propuesta tampoco ha tenido asidero<sup>849</sup>.

### **3.1.a)- La situación laboral de los presos en Argentina**

El marco normativo argentino se reduce a la Ley de Ejecución de Sentencias N° 24660, puesto que constitucionalmente no hay referencia expresa al trabajo en situación de privación de libertad, así, el art. 18 de la Constitución se limita solamente a proclamar que: “(...) las cárceles no serán para castigo sino para rehabilitación”, expresión que debe ser tomada en conjunción con los tratados internacionales que sobre la materia ha suscripto Argentina y que desde el año 1994, a partir de la incorporación del art.75 inc 22, tienen jerarquía constitucional. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, establece, en su Art. 6 ap. 3º.a que: “(...) tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades, y los individuos que lo efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privados”.

La Ley 24660 pone, por otra parte, a cargo de la Administración Penitenciaria, el deber de proporcionar trabajo; (art. 1º)”. En palabras simples, hay un ida y venida de intereses: para la administración importa un deber proporcionar el trabajo como una de las bases fundamentales del tratamiento (ver art. 5º), y el derecho que tiene el interno que la administración le proporcione el trabajo. En consecuencia, el trabajo penitenciario, tiene en Argentina, la doble faz: derecho-obligación. Disponiendo la ley referida, de manera expresa, la aplicabilidad de la normativa laboral vigente a la prestación de servicios de los internos. (art.107): “Se respetará la legislación laboral y de seguridad social vigente”. Premisa que es confirmada por el Art. 117 de la misma

---

<sup>848</sup> Ibídem 764

<sup>849</sup> Con todo, sí se experimenta la concesión de servicios a terceros, como limpieza y alimentación

norma legal cuando ordena que: “La organización del trabajo penitenciario, sus métodos, modalidades, jornadas de labor, horarios, medidas preventivas de higiene y seguridad, atenderán a las exigencias técnicas y a las normas establecidas en la legislación inherente al trabajo libre”<sup>850</sup>.

El Art. 11 del Código Penal Argentino determina la distribución de lo producido por el trabajado del interno, disponiendo que: “el producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente 1) a indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos; 2) a la prestación de alimentos según el Código Civil; 3) a costear los gastos que cause en el establecimiento; y 4) a formar un fondo propio que se le entregará a su salida”.

De dudosa constitucionalidad, el art. 120 de la Ley de Ejecución de Sentencias, dispone que un 25% sea destinado a costear los gastos que causare en el establecimiento. Se ha afirmado que la imposibilidad de su aplicación por inconstitucional, deriva de que la manutención integral del interno debe estar a cargo del Estado por lo que el porcentual previsto en este rubro debería ser directamente imputado al fondo propio del interno<sup>851</sup>. Este marco legal, como vemos, está orientado hacia la pretendida resocialización que el ordenamiento argentino ha previsto como fin de la pena. Con todo, éste se torna, solamente en un “beneficio” al que se accede después de haber observado una conducta que le permite al interno obtener la calidad de “buen preso”. Los problemas del trabajo penitenciario pueden resumirse en: a) Falta de ocupación plena de la población penal. b) Falta de formación profesional. c) Deficiencias de la organización, tecnología y estado del trabajo<sup>852</sup>.

Sin embargo, las personas privadas de libertad, en Argentina, aún no han sido divisadas como “carne de explotación” por las empresas privadas, como hemos podido evidenciar en nuestra tarea investigativa. El trabajo en prisión está básicamente orientado hacia actividades artesanales, y consiste a menudo en tareas limitadas a cumplir con las principales necesidades de la institución (limpieza, cocina, reparaciones). Incluso se da

---

<sup>850</sup> Así, el Art. 120 de la Ley 24.660 dispone que: “El trabajo del interno será remunerado (...) Si los bienes o servicios producidos se destinaren al Estado o a entidades de bien público, el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes de salario mínimo vital móvil. En los demás casos o cuando la organización del trabajo. En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada, la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate. Los salarios serán abonados en los términos establecidos por la legislación laboral vigente”.

<sup>851</sup> PARMA, C.: *¿Vale la pena la pena? El trabajo en las cárceles como un medio o como un fin*. Universidad de Aconcagua, Mendoza, 2010, pg. 7

<sup>852</sup> FRIGERIO, G.: *Sistema carcelario argentino*, UBA, Buenos Aires, 2006



el caso de que las únicas actividades laborales consisten en el trabajo voluntario de los reclusos para poder sobrevivir<sup>853</sup>. Recibiendo por remuneración, sumas que en verdad son irrisorias y que en definitiva solamente llegan a cubrir, con suerte, las necesidades básicas del interno.

### **3.1.b) La situación en España**

Las prisiones privadas, a simple vista, parecieran estar proscriptas de la realidad penitenciaria española. Como marco normativo, las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006, establecen en la N° 71 que: “Las prisiones deben estar bajo la responsabilidad de las autoridades públicas”. Y, al respecto, la Regla 88 establece: “En aquellos países que contemplen la posibilidad de que existan prisiones regidas por sociedades privadas (...) deben aplicarse íntegramente las Reglas Penitenciarias Europeas”.

Por otra parte, el ordenamiento español, torna, en principio, inviable, la admisibilidad de la privatización carcelaria, puesto que concretamente afirma el contenido y carácter de administración pública y estatal de justicia, quién deberá velar “por la vida, integridad y salud de los internos (...) La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”<sup>854</sup>. Por otra parte, la Ley General Orgánica Penitenciaria establece que, corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y del Ministerio de Justicia, todo lo referido a la organización de los funcionarios y personal penitenciario. “Obviamente, la vía que, en un principio, podría hacer realidad la existencia de prisiones no adscritas a la Administración, sería la de una actividad delegada en la ejecución de la pena bajo supervisión del Juzgado o Tribunal sentenciador, pero ello inevitablemente supondría ejecutar reformas legislativas importantes – nada más y nada menos que, en orden al cumplimiento de la pena, la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados – siendo constitucionalmente, hoy por hoy, inviable”<sup>855</sup>

---

<sup>853</sup> RICO, J.M: *Justicia penal y transición democrática en Latinoamérica*, Ed. Siglo XXI, México, 2000 pg. 278.

<sup>854</sup> Art. 3.4 de la L.O. 1/1979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria

<sup>855</sup> Vid.: “Los mitos de la privatización de las cárceles. Hacia un modelo de comercialización del delito” <http://puntodefuga.org/node/133>

Sin embargo, las prisiones en España, también son un negocio rentable para cientos de empresas, vinculadas a la prestación de servicios de diversa índole, transporte, alimentación, recolección de residuos, provisión de elementos descartables, etc. como así también dedicadas a la construcción, mediante licitaciones, de edificios carcelarios, concretando contratos millonarios anualmente <sup>856</sup>.

---

<sup>856</sup> Las dos empresas con más contratos de construcción son COMSA y Ferrovial. El 13 de junio de 2006 el BOE (Boletín Oficial del Estado) hizo pública la adjudicación del proyecto de ejecución del Centro Penitenciario de Arrecife (Lanzarote) para la empresa COMSA por el importe 14.704.776,95 euros. Además, COMSA tiene otro contrato por valor de más de 17 millones de euros para la ampliación del Centro Penitenciario de Tahíche. Las empresas más famosas que están ganando dinero con la construcción de prisiones son FCC, ACS y Ferrovial. Las cuatro tienen en común el ser grandes grupos empresariales con distintas filiales, estar realizando obras en el extranjero, tener a decenas de miles de empleados y participar en las obras del AVE.

La FCC ha participado en la construcción de la presa de ITOIZ y otras muchas más, también, está construyendo y manteniendo gaseoductos y oleoductos. La FCC es fácil de encontrar por estar presente en muchos pueblos y ciudades de todo el estado por llevar los servicios de limpieza y gestión de residuos. En su web la FCC anuncia que es la encargada de la ampliación de tres módulos residenciales prefabricados para el centro penitenciario de Quatre Camins, en la Roca del Valles (Barcelona). Además, la FCC es la encargada de la recogida de residuos, ACS es un grupo empresarial gigantesco presente en 53 países. ACS es responsable de construcciones en el Centro de Menores del Complejo Penitenciario de Carabanchel (Madrid) y de obras en el centro penitenciario Puerto III en el Puerto de Santa María (Cádiz).

Ferrovial es uno de los principales grupos de infraestructuras en el mundo con una capitalización bursátil superior a los 10.000 millones de euros y más de 100.000 empleados. Ferrovial tiene adjudicados numerosísimos contratos con Instituciones Penitenciarias

Otras empresas menos famosas implicadas en la construcción y reformas de prisiones son TEYCO, MOINSA OHL, Obrascon, Huarte, Lain, EJUCASA, INTEICO, Begar Construcciones y Contratas, S. A, Gorpesan, S. A ICA Obras y Construcciones, S. A. Construcciones Villegas, S.L Aislamientos del Tajo S.L. - Contratas S.L. y Contratas y Viales S.L, Semacon, S.A. Brisol, S.A. Construcciones Leandro Vidal, S.L. Clece, S. A Applus Norcontrol, SL Copisa Constructora Pirenaica, S.A. & Agefred Servicio, S.A. M. Runner SL, Riera arquitectura, GISA, Famo SA, Ribo SL, Vicsan, Saeta Ingenieros, S. A, F. Olmos Apicalor, S. A, Conducciones Hidráulicas y Carreteras, S. A, Construcciones López Cao, S. L.-Obras y Contratas Aedes, S. L. Construcciones Zabalandi, S. L. Coinger SL y Secoba Servicios Integrales, S. A.

En cuanto a las empresas encargadas de instalar sistemas de vigilancia la principal, COBRA Instalaciones y Servicios, Sociedad Anónima gana 6.988.316,13 euros sin por el proyecto de las instalaciones de seguridad del Centro Penitenciario de Madrid VII. Hay que señalar que COBRA participó en el conflicto de la Huerta de la Punta (Valencia) instalando torres de Alta Tensión y que COBRA es también la responsable y encargada de la instalación, gestión y mantenimiento de muchos parques eólicos. Watsegur, Sociedad Anónima. Isolux Ingeniería, Sociedad Limitada. Unión Temporal de Empresas. Recibieron 6.199.982,47 euros por el Proyecto de Ejecución de las Instalaciones de Seguridad del Centro Penitenciario Puerto III en Cádiz. A Instalaciones Inabensa, Sociedad Anónima se le adjudicó, el 8 de febrero del 2007, las obras del proyecto de las instalaciones de seguridad del Centro Penitenciario de Albocàsser (Castellón) con un contrato de 6.988.316,13 euros sin incluir IVA. De la fontanería de las prisiones se encargan entre otras Aopil, S.L - Opain, S.L. Proyecon Galicia, S.A.: Gesair, S.L Integra MGSI, S. A. Tritio, S. A., Integra MGSI. De la electricidad, estas dos empresas UICESA y Isolux. De la Calefacción y climatización de los carceleros (los presos no tienen ese privilegio y pasan frío y calor): Elecnor, S. A. Cecoba Servicios Integrales, S. A y Apicalor S.A de la recogida de basuras y de la limpieza de los centros penitenciarios. De los equipos de cocina Electrolux Professional, SA, De la Informática Ibermática SA Del Mobiliario Mecalux servis De la Lavandería Polimatic

Los contratos por llevar la comida a las prisiones son multimillonarios. De la alimentación en Picassent se encarga la empresa Gastronomía Mediterránea, S. L. y el precio es de 4,01 euros interno/día. En el penal del Dueso la alimentación la lleva Brassica. El transporte de carceleros da también mucho dinero con más o menos 100.000 euros de contrato por cada prisión. Las empresa son: en Murcia Autobuses Mar Menor, en León S. L. M.M. Romerías, en Algeciras Mansal Autocares S. L., en Segovia Autocares Siguero, S. L. , en Salamanca Zamora-Salamanca, S. A. en Córdoba Autocares Pérez Cubero, S. L., en Alhaurin de la

Así, el actual sistema penitenciario español ha experimentado en los últimos años una evolución constante y favorable tendencia a la incorporación de agentes de naturaleza auxiliar, de colaboración pública y privada en este ámbito, incrementándose en todo caso las posibilidades de actuación que se preceptúan legal y reglamentariamente. Las vías para este acceso han sido diversas, nos dice el Profesor de Alcalá SANZ DELGADO. El propio reglamento penitenciario alude, a la “necesaria apertura de las prisiones a la sociedad”. En este sentido, el reglamento desde su preámbulo recoge la potenciación de tales vías de ingreso, “el reglamento no sólo contiene un variado elenco de contactos con el interior (...) sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos. Asimismo la disposición adicional tercera del Reglamento en su número 2 prevé las concesiones de medallas al Mérito Social Penitenciario a “las instituciones, corporaciones, fundaciones, asociaciones y empresas públicas y privadas y, en su caso los particulares que hayan distinguido en su colaboración con la administración penitenciaria en cualquiera de las manifestaciones de la actividad penitenciaria. Así se verifican diversas formas de actuación privada coadyuvante a la actividad penitenciaria. Un primer grupo desplegaría su cometido inserto en los medios materiales previstos por la administración penitenciaria. El segundo llevaría a cabo su labor con en unidades extrapenitenciarias, en sus espacios propios fuera del recinto y de los lugares e instalaciones característicos de la ejecución penitenciaria. Su numeración sin atender al espacio físico incluiría: a) la participación de la empresa privada contratada para la fase de construcción de establecimientos b) La actividad privada surgida de la planificación del trabajo del trabajo penitenciario que diera entrada a empresas del exterior c) La derivada de la previsión reglamentaria respecto de la gestión de determinados servicios cuales son: la cafetería, economato, y cocina de los establecimientos penitenciarios; d) la participación procedente de las labores de asistencia social penitenciaria previstas en la legislación y ampliadas reglamentariamente mediante la delegación de actividades como en el caso

---

torre Autocares en Alicante Pikolin, Sociedad Anónima ha cobrado 963.817,54 euros por suministrar un lote de colchones de alta seguridad con fundas ignífugas (que no arden) y almohadas Iturri, Sociedad Anónima ha cobrado 886.268,70 euros por un lote de mantas. Además, de todas estas empresas, también se lucran con el negocio de la prisión los funcionarios de prisiones (carceleros) y el resto de personal tales como asistentes sociales, psicólogos y demás cargos. En total hay unos 18.000 carceleros, de los cuales 16.000 son funcionarios y 1.800 son laborales. Según los presupuestos generales del Estado del año 2005, Instituciones Penitenciarias se gastó 506 millones de euros en gastos de personal, incluso la Iglesia cobró 777000 euros por atender al culto. El total de gasto presupuestado para el 2005 para la Dirección General de Instituciones penitenciarias fue de 787 millones de Euros. Vid. “La prisión como negocio”, disponible en <http://www.puntodefuga.org/node/133>

de centros privados de deshabituación o la intervención que lleven a cabo dentro y fuera de los recintos penitenciarios las ONGs, asociaciones colaboradoras y voluntarios; e) la colaboración dimanante de la existencia de establecimientos de régimen abierto con identidad propia como son las Unidades dependientes y f) la presencia privada en algunos de los servicios que la administración penitenciaria ofrece en desarrollo de derechos como la libertad religiosa y la asistencia que de ello se deriva<sup>857</sup>.

No obstante lo dicho hasta aquí, en España, se presenta una situación muy particular respecto de los llamados *Centros educativos de menores*<sup>858</sup> en los que cumplen condena los menores entre 14 y 17 años que han cometido un delito, ya que un 73% de ellos se encuentran en manos privadas<sup>859</sup>. Hasta el año 2001, en que entró en vigencia la ley del menor, los centros de internamiento eran públicos, pero desde entonces se ha delegado la gestión en asociaciones sin ánimo de lucro<sup>860</sup>. Actualmente, en la legislación española, se marca la separación total de la protección (centros residenciales, orfanatos) y la reforma (centros educativos, cárceles)- Sin embargo, aunque en la teoría la diferencia puede ser clarísima, en la práctica encontramos que las cárceles de menores están llenas de jóvenes que han sido abandonados, que han vivido situaciones de marginalidad y exclusión familiar, o de adolescentes inmigrantes que llegan solos o que han sido secuestrados y son explotados por redes mafiosas-<sup>861 862</sup>.

---

<sup>857</sup> SANZ DELGADO, E.: "Las prisiones..." Op. Cit. pg 210

<sup>858</sup> Es menester aquí tener en cuenta que en el año 2006 se modificó la ley de responsabilidad penal del menor, endureciendo la situación de menores infractores, quienes son sometidos a un régimen que los priva de ciertos derechos de los que sí gozan los adultos en un proceso penal, como por ejemplo, no les resulta aplicable la suspensión de la pena. Los cambios más significativos se traducen en los siguientes puntos: -El juez decide si el joven al cumplir los 18 años en un centro de menores pasa a la cárcel de adulto

-Las penas son más duras y ha habido un incremento del límite máximo de internamiento de 8 a 10 años para jóvenes de 16 y 17 años y de 5 a 6 años para los de 14 y 15.

-La actuación grupal se convierte en agravante ya que si el menor pertenece a un grupo, organización o asociación se le puede encarcelar aunque el delito no haya sido grave o violento (hasta 3 años en el caso de jóvenes de 14 y 15 años y hasta 6 años para los de 16 y 17). Se incluye además de las bandas juveniles el acoso escolar

-Se incrementa el tiempo en que un menor puede ser sometido a una medida cautelar pese a no haber sido declarado culpable (de 3 meses se pasa a 6 meses prorrogables a 3 meses más)

-El menor no puede entrevistarse con su abogado antes de prestar declaración

Así se endurecen las penas, se crean nuevas figuras delictivas en base a fenómenos mediáticos, se vulneran derechos internacionales y se consolidan las desigualdades y la discriminación ante la pena, perjudicando a los menores en peor situación de exclusión, que serán los que acaben en las cárceles de adultos. Vid.: INIESTA, C.: "Cárceles de menores. Agujeros negros". En *Aula abierta. Revista de educación crítica*. Madrid, 2007, pg. 8

<sup>859</sup> En verdad más que centros educativos se constituyen en auténticas cárceles de menores ya que allí purgan condena

<sup>860</sup> Privatización de Cárceles de Menores en:

<http://conlosninosnosejuega.wordpress.com/2007/09/08/privatizacion-de-carceles-de-menores-el-73-de-los-reformatorios-de-menores-pasa-a-manos-privadas-en-solo-cinco-anos/>

<sup>861</sup> INIESTA, C.: "Cárceles de menores..." Op. Cit., pg. 2

Cuando, en 2001, empezó a aplicarse la ley del menor, todos los que se encontraban alojados en prisiones pasaron a los centros de internamiento. Las comunidades autónomas que tienen competencia en materia de menores, carecían entonces de infraestructura para asumir ese volumen de internos. En Madrid, en 2001, sólo había 45 plazas. Así, empezaron a firmarse convenios con instituciones privadas- aunque no ha estado en la intención original del legislador la delegación o privatización de la ejecución de la privación de libertad de los menores, al menos, de esa manera lo aseguran quienes intervinieron en la elaboración de tal normativa-<sup>863</sup>.

En Madrid, el 100% de los centros creados desde 2001 está en manos de asociaciones privadas, había al momento de sanción de la ley, 3 públicos con 45 plazas. A Septiembre de 2007, esa cifra ascendió a 18 centros con 422 plazas. En Andalucía, asociaciones y fundaciones tienen a su cargo el 94% de los centros. Una situación particular presentan los Centros de menores de Canarias que habían sido delegados en una ONG. Pero los responsables fueron destituidos luego de que un fiscal de menores, requisara correas de contención psiquiátrica en tres de los centros habiéndose constatado, incluso, casos de violación física. La decisión entonces fue que el gobierno autónomo reasumiera la gestión<sup>864</sup>.

Estas instituciones reciben del Estado español unos 300 euros por menor por día y la gestión también lleva consigo la limpieza, el catering o la seguridad, que tienen que

---

<sup>862</sup> *Amnistía Internacional* ha identificado dos vías principales para el ingreso de los menores en centros de protección terapéuticos. -En primer lugar, derivados desde otros centros del sistema de protección de menores donde ingresaron por desamparo familiar, son derivados alegando trastornos de conducta o situación de dificultad social. Se trata de una decisión administrativa que habitualmente no incluye un diagnóstico previo y tampoco cuenta con una orden judicial. Aunque esta decisión debe ser motivada y notificada a los padres, al Ministerio Fiscal y al menor, muy raras veces los menores y sus familias llegan a saber por qué ingresan en estos centros terapéuticos, cuáles son sus derechos, o las vías existentes de acceso a la justicia para impugnar decisiones que afectan a su vida.

-En segundo lugar, a solicitud de los padres cuando el ingreso en este tipo de centros es, según les indican desde el sistema de salud público y los servicios de protección, el único modo de que sus hijos reciban un tratamiento para sus problemas de conducta. En este caso, en general, el ingreso va precedido de un diagnóstico. Sin embargo, la inexistencia de un procedimiento formal y público que determine los criterios para el ingreso, el diagnóstico y las necesidades específicas de tratamiento, coloca a los menores y a sus familias en muchas ocasiones en una situación de indefensión contraria a todas las normas internacionales de derechos humanos.

<sup>863</sup> Así, Félix PANTOJA, vocal del Consejo de General del Poder Judicial, afirmó “Incluimos una disposición para que algunas asociaciones de barrio colaboraran en medidas como trabajos en beneficio de la comunidad o la libertad vigilada, pero no imaginamos que se iba a utilizar para delegar la ejecución de la privación de libertad” Vid. “Privatización de centros de menores”, en *Educadores en acción*, disponible en: <http://movimientoanfibio.blogsome.com/2007/09/14/privatizacion-de-los-centros-de-menores/>

<sup>864</sup> Vid. *ibídem* 604

encargarse a alguna empresa. Y cuando la asociación es una fundación de un grupo empresarial, estos servicios se pueden encargar a compañías de la corporación<sup>865</sup>.

Tan sólo los gobiernos de Cataluña, Extremadura y Ceuta se encargan de forma directa de todos sus centros. En Canarias y Baleares, la responsable es una fundación pública.

Se ha dado paso de esta manera a un diseño de grandes estructuras despersonalizadas, similares al modelo penitenciario, alejados de los contextos de integración de los menores y más cercano a un modelo economicista de rentabilidad que a los educativos y resocializadores que marca la ley<sup>866</sup>.

Esta situación a la que estamos aludiendo, ha generado, no solamente un arduo debate, sino y, en los hechos, gravísimas consecuencias sobre la situación de los menores alojados en aquellos centros, realidades que han sido y son objeto de sendos informes e investigaciones por parte de organizaciones de derechos humanos.

INIESTA, ha efectuado una investigación dejando constancia que unos 3.000 menores están encarcelados en unos cien centros a cargo de ONGs “sin ánimo de lucro”, en la mayoría de casos en condiciones infrahumanas (falta de condiciones sanitarias, instalaciones deficientes, etc.), unidas al negocio de la seguridad privada. Incluso algunos empresarios encuentran en el sector una vía directa para conseguir obras públicas y construyen ellos mismos las cárceles y las proveen con sus negocios<sup>867</sup>.

Así, Amnistía Internacional, en el informe de 2009, ha dejado constancia sobre la situación de los menores en los centros a los que aludimos. Esta organización de derechos humanos ha manifestado “(...) profunda preocupación ante las denuncias que ha recibido sobre los abusos y violaciones de derechos humanos que sufren menores en algunos de estos centros: violaciones de la intimidad, humillaciones, regímenes disciplinarios contrarios a las normas y tratados internacionales, castigos corporales, aislamiento forzado, contenciones físicas abusivas e, incluso, contenciones farmacológicas, todo ello prohibido en los tratados internacionales, firmados y ratificados por España. Estos abusos se cometen con total impunidad, ya que no existen

---

<sup>865</sup> INIESTA C.: “Cárceles de menores...” Op. Cit

<sup>866</sup> Un caso paradigmático de proliferación de negocios alrededor de la privatización de los centros de menores lo constituye la Fundación Grupo Norte, ligado al grupo empresarial del mismo nombre. Tiene a su cargo 4000 empleados. Es en verdadero holding, propietario de empresas de seguridad, limpieza, trabajo social, telemarketing. Gestiona en Madrid cuatro centros de régimen abierto y semiabierto. Vid.: SÁNCHEZ DE LA COBA, A.: *Centros de menores, un negocio en alza*, disponible en: <http://www.nuevatribuna.es/noticia/19001/>

<sup>867</sup> INIESTA C.: “Cárceles de menores...” Op. Cit. pg 6

vías rápidas y sencillas que permitan a los menores denunciar, acceder a un abogado, y sobre todo, que se abran investigaciones pertinentes, rápidas e imparciales<sup>868</sup>.

Amnistía, ha constatado gravísimas situaciones, respecto concretamente de las contenciones físicas y aislamientos<sup>869</sup>, afirmando que se trata prácticamente en un 100% de casos en los que los menores entran en un círculo de exclusión: sus padres no pudieron hacerse cargo de ellos por diferentes motivos, ellos salen de los centros al cumplir la mayoría de edad y, especialmente las mujeres que han estado tuteladas por la administración, cuando tienen hijos, les son retirados por no considerarlas aptas para educarlos. De esta manera se perpetúa el ciclo de exclusión, generación tras generación”<sup>870</sup>.

Sin embargo, la realidad delictiva y de conflicto con la ley de menores parece ir en contrasentido de la concesión de la administración de más centros de menores, así, el *Centre d'Estudis Jurídics de la Generalitat de Catalunya*, afirma que no se puede hablar de un incremento relevante de la delincuencia juvenil, aunque sí ha aumentado el internamiento. El informe es claro respecto al estancamiento de los delitos más graves (homicidio, asesinato, agresiones sexuales) que, curiosamente, tan sólo representa el 2% de la actividad delictiva de los menores. La principal conclusión del estudio respecto al análisis de las estadísticas sobre delincuencia juvenil es que “no se han encontrado datos verdaderamente concluyentes que nos hablen de un incremento importante de la violencia (delincuencia juvenil)”<sup>871</sup>. Está claro por tanto, que el incremento de centros y plazas, es consecuencia, de lo que para el “mercado”, resulta ni más ni menos que un negocio.

---

<sup>868</sup> “Si vuelvo me mato. España, menores en centros de protección terapéuticos”, disponible en: <https://doc.es.amnesty.org/cgibin/ai/BRSCGI?CMD=VERDOC&BASE=SAI&SORT=&DOCR=1&RNG=10&SEPARADOR=&&INAI=EUR4110109>

<sup>869</sup> “Las contenciones físicas, farmacológicas o las medidas de aislamiento se realizan sin supervisión judicial, ni fiscal. La Convención de los Derechos del Niño prohíbe expresamente el aislamiento físico como castigo, en celdas que recuerdan a prisiones a menores de edad. Tanto Amnistía Internacional, como en su día el Defensor del Pueblo, denuncian cómo en los centros de protección terapéuticos, los menores pueden estar atados, amordazados y sedados en una silla o atados a una cama con herrajes aislados más de 48 horas, o como pueden ser aislados en unas celdas o habitaciones de aislamiento, en algunos casos hasta semanas. Mientras que en una prisión, e incluso en los centros de reforma para menores infractores, cualquier medida de aislamiento debe ser autorizada por un juez de vigilancia penitenciaria, en los centros terapéuticos de menores cualquier medida sobre medicación forzada, sobre sometimiento a contención física, o sobre celdas de aislamiento, no tiene apenas supervisión judicial, ni fiscal y menos, autorización judicial. Con lo cual depende del criterio que tenga cualquier educador, cualquier personal de estos centros, y ni siquiera ese criterio es común en todo el territorio nacional”.  
Ibídem 785

<sup>870</sup> Ibídem 785

<sup>871</sup> Ibídem 544

### 3.1.c)-La utilización laboral de los presos en España

El ordenamiento normativo español nos indica en el art. 25.2 de la Constitución<sup>872</sup> que “(...) las penas privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y la reinserción social, sin que puedan consistir en trabajos forzados. El condenado a una pena de prisión gozará de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, exceptuando aquellos que se vean limitados por el contenido de la sentencia condenatoria, los limitados por el sentido de la pena y/o por la ley penitenciaria”.

La Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>873</sup> considera el trabajo como un derecho y un deber del interno, y como un elemento fundamental del tratamiento (art. 26). El mismo artículo define las condiciones en las cuales se ha de realizar:

- a) No tendrá carácter aflictivo, no será aplicado como medida de corrección.
- b) No atentará a la dignidad del interno.
- c) Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivos o terapéuticos, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre.
- d) Se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento.
- e) Será facilitado por la administración.
- f) Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social.
- g) No se supeditará al logro de intereses económicos por la administración. Además, todo el trabajo productivo debe ser remunerado y desarrollarse en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente. (Art. 27.2 LOGP) Y la Administración debe velar por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada. (Art. 31.1c) (LOGP) tomando como referencia el Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento (Art. 147.2 RP y Art. 15 Real Decreto 782/2001)

La fórmula del trabajo penitenciario viene amparada por el art 25.2 de la constitución española que incluye la posibilidad abierta a la iniciativa privada por la extensión del art 26 de la LOGP. Si el trabajo ha de ser “facilitado por la administración”, en el artículo

---

<sup>872</sup> Constitución Española en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/constitucion.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html)

<sup>873</sup> Ley Orgánica Penitenciaria en [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo1-1979.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo1-1979.html)



31 establece la responsabilidad y salvaguarda estatal en lo relativo a la dirección y el control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los establecimientos. En el mismo sentido el art 33 indica que la administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo. El precepto reglamentario definitorio de las competencias empresariales privadas, afirma SANZ DELGADO, ha de ser el art. 137 del RP referido al “trabajo con empresario del exterior” que postula: “1. La relación laboral que se establezca cuando los internos trabajadores realicen trabajos en los talleres penitenciarios bajo la dirección de una persona física o jurídica del exterior, se ajustará a las características de la relación laboral penitenciaria establecidas en este reglamento, y 2. No obstante, en estos casos, el empresario exterior podrá proponer al Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones penitenciarias u organismo autonómico competente, la sustitución de los internos trabajadores cuando concurren algunas de las causas de suspensión o de extinción de la relación laboral especial penitenciaria, establecida en los arts. 151 y 152, así como la amortización o creación de puestos de trabajo”

Si la dirección del trabajo queda en manos del Organismo autónomo, en virtud del art. 104.1 RP, la propia redacción del precepto articula la posibilidad de dirección inmediata privada y control mediato por parte del Organismo, cuando se establece: “El trabajo productivo que se desarrolla en los talleres penitenciarios será dirigido por el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano equivalente autonómico, directamente o a través de personas físicas o jurídicas del exterior” Estas tareas abiertas al sector privado configuran lo que se ha venido a llamar “líneas compartidas”. No obstante, la circunstancia de gestión privada no presupone la anulación de la capacidad de gestión o dirección del Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, sino que ésta es mediada o canalizada a través de dicho empresario”. La cuestión de la localización espacial de la actividad laboral, nos dice SANZ DELGADO, aún gestionada en forma privada, viene resuelta en todo caso por el art 142. 1. RP que dispone que el trabajo productivo penitenciario se desarrollará en los talleres existentes en los establecimientos penitenciarios o en los espacios que se determinen por el Organismo Autónomo u órgano autonómico equivalente”. En suma, el entorno penitenciario, afirma el Profesor de Alcalá, parece ser el disponible para esta actividad laboral, pero el tenor literal del artículo se extrae que la determinación del lugar no excluirá localizaciones distintas, en cuanto fuera llevada por el Organismo Autónomo.

El mismo Reglamento Penitenciario en lo relativo a la gestión de economatos, cafeterías, y cocinas regulado por el Capítulo III y específicamente por el art. 300, contemplaba entre los sistemas de gestión posibles para tales servicios dentro de un establecimiento penitenciario, el que éstos pudieran ser gestionados por: a) La propia administración penitenciaria; b) El organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias mediante la fórmula “taller productivo” y c) Empresas externas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios.

Para la articulación práctica de la tercera opción, nos dice SANZ DELGADO, habrá que estar, en todo caso a las condiciones y cláusulas establecidas en el contrato administrativo de servicios, tras la regulación de la ley 13/1995 de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, del real decreto 390/1196. El número 4 del artículo 300 se refiere al destino de los beneficios, a la reinversión del capital obtenido hacia la propia actividad penitenciaria, cuando establece que “cuando los servicios de economato o cafetería sean gestionados por la propia administración penitenciaria o por una empresa externa los beneficios generados para la Administración Penitenciaria se ingresarán en el Tesoro Público para su posterior incorporación, mediante generaciones de crédito, a aquellos conceptos presupuestarios del presupuesto de gastos de la administración penitenciaria que mejor contribuya al cumplimiento de los fines de la actividad penitenciaria establecidos en el art. 2 de este reglamento”. Respecto de estos servicios de posible inserción privada, la protección estatal se constata en el empeño reglamentario, sostiene SANZ DELGADO, de evitar la posible explotación derivada de la utilización de mano de obra barata cual es la de los internos. Por ello el art. 305.3 R.P dispone que “cuando el economato, la cafetería o la cocina sean gestionados por una empresa externa adjudicataria del servicio, ningún interno podrá desempeñar servicios auxiliares o mecánicos de los mismos salvo cuando la proposición económica de la empresa adjudicataria del servicio contenga expresamente la previsión de la contratación laboral común de los internos, en cuyo caso todas las obligaciones empresariales del contrato de trabajo serán satisfechas por la empresa adjudicataria” .

Por otra parte, el art. 69.2 LOGP disponía la posibilidad de solicitar la “colaboración y participación de ciudadanos e instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos” Los arts. 74 y 75 LOGP establecían las funciones de la comisión de asistencia social, cuyas facultades se encaminaban a prestar asistencia social necesaria a los internos y a los liberados condicionales o definitivos. Competencias después asumidas por el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones

Penitenciarias, que encontraban la posibilidad de participación externa ya en el párrafo 2 del art. 75 de la LOGP, que establece la colaboración permanente de la Comisión de Asistencia Social con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y el tratamiento de los excarcelados en el propio art. 8 del real decreto regulador del organismo autónomo. La participación de tales sujetos privados se ampara en los acuerdos convenios y contratos que el organismo autónomo confecciona para cubrir sus líneas de actuación. El soporte normativo para estos contratos y acuerdos es el que resulta de las órdenes ministeriales por las que se convocan subvenciones, para la colaboración de ejecución de las medidas de seguridad y demás obligaciones y reglas de conducta contempladas por el código penal estableciendo las bases reguladoras de las mismas <sup>874</sup>

Veamos ahora los datos alarmantes que han recabado distintas ONGs dedicadas al asunto penitenciario<sup>875</sup>: El Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, informa que España, tiene a 11.350 presos trabajando en distintos talleres, debiendo añadirse a los que están bajo el control de la Generalitat Catalana. Los salarios van de 120 a 250 euros al mes, con horarios de ocho horas diarias. Más de 100 empresas y 500 clientes particulares contratan presos. Con todo, enterarse de cuáles son las empresas que explotan a los presos no es fácil, afirma el informe, ya que los datos no se hacen públicos, no aparecen en el Boletín Oficial. Las actividades que realizan los presos van desde la fabricación de cajas de fruta, a trabajos de artes gráficas, carpintería, confección, montajes eléctricos para automoción, manipulados de cartón, panadería, baldosa-mosaico para piscinas, etc<sup>876</sup>. Señala VALDEON BLANCO, que hay que tener en cuenta que en el pasado, a cambio del trabajo, se daban redenciones pero esto ya no

---

<sup>874</sup> SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* Op. Cit. pg 214 y sgs.

<sup>875</sup> Vid. VALDEÓN BLANCO, J.: *El negocio de la prisión*, en: <http://firgoa.usc.es/drupal/node/31138>

Vid también: Ibídem 539

<sup>876</sup> VALDEÓN BLANCO, nos explicita una serie de empresas dedicadas a la explotación económica de la prisión en España y que aquí detalla: Industrias Ochoa (matricería metálica) situada en Manises (Valencia) se beneficia de la explotación de 300 presos preventivos en Picassent. El mayor cliente de industrias Ochoa es la multinacional alemana "Hilti" Industrias Ochoa facturó en el 2001, 3000 millones de pesetas y otros tantos en el 2002. Onix, situada en Castellón paga a los presos entre 0,05 y 0,08 céntimos por baldosa-mosaico producida, al mes se puede ganar cerca de 125 o 140 euros por 160 horas de trabajo continuado. La empresa Valenciana Boxtar SL también contrata presos. En Fontcalent y Villena los presos trabajan para Gaviotas Imbac produciendo toldos y persianas. El Corte Inglés, y Correos usan presidiarios como mano de obra, cobrando menos de 12 € por ocho horas de trabajo. En Euskadi los presos trabajan para Erosky y Citroen. En Cataluña el Grupo Codorniu tiene a presos trabajando para las bodegas de Lleida. Otras empresas que explotan a los presos son Saveco, Valeo (automóviles) y Asimelec Además OATPP tiene contratos con Ayuntamientos como Cáceres, Albacete y Granada. Las Cámara oficial de comercio e industria de muchas provincias firman convenios con OATPP. También tiene convenio con la OATPP Confederació d'Associacions Empresarials de Balears (CAEB)

es así tras las reformas del Código Penal orientadas al cumplimiento íntegro de las penas<sup>877</sup>.

Por otra parte encontramos al CIRE empresa pública, que se encuentra bajo la esfera de del departamento de justicia de la comunidad de Cataluña, cuyos objetivos formales, son la formación e inserción laboral de la persona privada de libertad. Esta empresa, a pesar de sus fines declarados, ha recibido críticas de las más variadas.

La formación laboral, el CIRE, la concreta a través de la implementación de talleres, para la prestación de servicios: construcciones metálicas, industriales, mantenimiento y reparación de edificios, carpintería, pintura, mecánica de vehículos, etc. Por otra parte, funcionan los denominados “talleres productivos” con talleres de producción propia, allí el CIRE, compra la materia prima, fabrica el producto y luego también lo comercializa. En segundo lugar encontramos a los talleres de producción internos para empresas, es decir, situados dentro de la misma prisión y por último, los talleres de producción para empresas situados en la propia fábrica<sup>878</sup>.

Quienes prestan su trabajo para esta empresa estatal, reciben sueldos de 200 euros mensuales, sin la protección de la legislación laboral y sin derecho a sindicalización<sup>879</sup>

880

---

<sup>877</sup> Ibídem 552

<sup>878</sup> FIGUERAS TURRÓ, F-COLOMER, J.S-FELIÚ, M.: *La reinserción laboral. Luces y sombras*. Facultat de Ciències Econòmiques i Empresarials, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009 pgs 14-17

<sup>879</sup> GARCIA, L.: “Desde el otro lado del muro. El CIRE en Catalunya”, disponible en: <http://malaga.cnt.es/spip.php?article405>, Vid también: [http://www.gencat.cat/diari\\_c/5740/10270090.htm](http://www.gencat.cat/diari_c/5740/10270090.htm), <http://www.cirecat.org/newsletter/file/madeinprison.pdf>

<sup>880</sup> En una entrevista efectuada para el trabajo investigativo *Reinserción laboral, luces y sombras* de la Universidad Pompeu Fabra, el director de vitivinicultura de una famosa empresa viñatera española, describió muy gráficamente la situación de las personas privadas de libertad, que prestaban servicios para la empresa que él representaba, por lo descriptivo de sus respuestas, es que aquí transcribimos parte de tal entrevista : -Tenemos conocimiento de que han participado en la reinserción socio-laboral de personas bajo medida judicial, ¿podría explicárnoslo?, respondió: -Sí, tuvimos contratados a una media de 50 presos entre los años 2000 y 2005. Se les contrataba para trabajos temporales y poco cualificados. Las razones por la que se les contrataba eran principalmente tres: por un lado, es mano de obra barata y muy flexible, no se firman contratos ni se les despide, simplemente se llama al coordinador, se pide el número de personas que se necesitan para ese día o si no se necesita a nadie, no vienen, y sólo cobran por día trabajado

Ante el requerimiento acerca de -¿Cómo funcionaban los sueldos de los presos? ¿Cotizaban en la Seguridad Social?, contestó: *Los presos cobran menos que un trabajador en libertad, ahorrábamos un euro por hora y trabajados, pero de eso se encargaba el CIRE, nosotros emitíamos una factura como si subcontratamos a otra empresa, pagábamos y el CIRE en principio lo repartía entre los presos. Por entonces aun no tenían derecho a cotizar en la Seguridad Social.*

-¿Está usted de acuerdo en que cobren menos? *Sé que la teoría es que todos somos iguales delante de la ley, por lo que las normas que regulan la actividad laboral debería protegerles. Pero la realidad, en este caso y en todos, es muy diferente. Una persona que se encuentra en la cárcel no puede exigir más de lo que le estábamos ofreciendo. Las empresas necesitamos un incentivo para contratarles, gracias a ese “bajo sueldo” y su pequeño curriculum, podrán salir de la cárcel con ahorros y con una mínima posibilidad de encontrar un trabajo. Desde hace años, los presos tienen más competencia que nunca, hoy*

La empresa CIRE tiene un presidente, un gerente general, tres directores, un jefe de talleres por cárcel, encargados de sección, de calles, y revisores, por último los presos<sup>881 882</sup>, es decir, la mano de obra que mantiene toda su estructura. GARCIA en su trabajo “Desde el otro lado del muro”, afirma: “Aparte de todo esto, para los empresarios afines a la Generalitat de Catalunya tienen unas ventajas muy jugosas, que los de la competencia no pueden hacer frente. Por ejemplo un empresario que tiene su trabajo en la cárcel, no necesita almacén ni local, si a este empresario le hacen un pedido de un millón de unidades en un tiempo record no tienen problemas porque se llaman a 100 o 200 presos y se hace el trabajo y si no hay más, de nuevo al patio y punto. Su competidor tendrá que contratar las mismas personas pero con otros sueldos, con otras condiciones que por supuesto le saldrán mucho más caros, esto contando que tenga locales para hacer este trabajo, tampoco nos podemos olvidar que las empresas que trabajan en la cárcel reciben subvenciones, por lo que el negocio es redondo”<sup>883</sup>.

Es decir, que el panorama español se presenta cuanto menos como un caldo de cultivo para la expansión de la denominada industria penitenciaria.

Siendo esta situación un reflejo más del contexto de la pena de prisión en los albores del siglo XXI, la prisión que cotiza en bolsa, la pena útil al diseño neoliberal del mundo.

Bien lo ha sostenido GALEANO: “Hace ciento treinta años, después de visitar el país de las maravillas, Alicia se metió en un espejo para descubrir el mundo al revés. Si Alicia renaciera en nuestros días, no necesitaría atravesar ningún espejo, le bastaría con asomarse a la ventana”<sup>884</sup>

#### 4-De la cárcel fábrica a la cárcel de la miseria

---

*en día nos llegan a las empresas inmigrantes titulados, a nosotros, sobre todo ingenieros agrónomos a los cuales no se les convalida el título y que a veces acaban luchando por los mismos puestos que pueden llegar a ocupar los presos. Sin ese incentivo, la empresa no podría contratarlos, haría otras obras sociales, quizá le haría un donativo a alguna fundación, pero no le encargaría parte del proceso productivo a cualquier persona que no le ofrezca una ventaja.*

*-Hemos leído que algunos presos, mediante foros o cartas, denuncian explotación en el trabajo penitenciario, y en concreto algunos aluden a sus viñas. ¿Qué podría decirnos al respecto?*

*Hoy en día no sé cómo está la situación, pero no creo que tengan razón. Hemos de tener en cuenta que la mayoría de presos son de un nivel cultural muy bajo, y que este tipo de gente se suele sentir rápidamente explotada por que se comparan con gente que se encuentra en una situación mucho mejor. Se ven trabajando muchas más horas en un trabajo que requiere un esfuerzo físico y se comparan con el resto de empleados que trabajan menos horas y a su parecer no necesita esforzarse, pues están sentados delante de un ordenador. Vid.: FIGUERAS TURRÓ, F-COLOMER, J.S-FELIÚ, M: Op. Cit. pgs. 23, 24*

<sup>881</sup> FIGUERAS TURRÓ, F-COLOMER, J.S-FELIÚ, M.: Op. Cit. pgs. 35-37

<sup>882</sup> Vid.: <http://www.madeincire.cat/>

<sup>883</sup> GARCIA, L.: Op. Cit.

<sup>884</sup> GALEANO, E.H: Op. Cit. pg. 2

Hemos visto que MELOSSI y PAVARINI conciben el inicio de la prisión estrechamente vinculado al naciente capitalismo, y el adiestramiento de los internos allí para la fábrica. Como hemos visto, los autores italianos sostenían que el régimen de las prisiones deriva del impuesto en las *workhouses*, siendo el objeto de las mismas que los trabajadores ofrecieran su trabajo bajo cualquier condición. Bajo el ideario marxista entroncaban la pena privativa de libertad al imperio de la razón contractual y a los principios del capitalismo en cuanto a los modos de producción, el objeto de tal producción, sostienen en *Cárcel y fábrica*, no son las mercancías sino los hombres, no obstante el fracaso de las prisiones en su modalidad productiva como “empresa marginal”, ellas han obrado, afirman, la mutación antropológica de criminal a proletario, antropológicamente, este sería el producto de la máquina penitenciaria<sup>885</sup>.

Sin embargo, en los albores del siglo XXI, nos encontramos ante el fenómeno de la transformación del modo capitalista de producción, en el que se ha reducido el papel de la fábrica industrial. Como sostienen HARDT y NEGRI, la clase trabajadora industrial ya no juega un papel hegemónico en la economía global, aunque su número no haya disminuido en el mundo<sup>886</sup>. Con la economía global, la creación de la riqueza tiende a darse a través de la producción biopolítica<sup>887</sup>. El Imperio<sup>888</sup>, entonces, busca actualmente aplicar su mando sobre la totalidad de la vida, y representa así la forma paradigmática de biopoder. El papel central que en la producción de plusvalía jugaba anteriormente la fuerza de trabajo del obrero-masa fabril se ve cada vez más ocupado por la fuerza de trabajo intelectual, inmaterial y comunicativa. La figura del trabajo inmaterial implicado en la comunicación, la cooperación y la reproducción de los efectos ocupa una posición cada vez más central en el esquema de la producción capitalista<sup>889</sup>, esto se ha traducido en el ámbito punitivo-penitenciario en que haya en consecuencia, también una transición, así, ya no estamos ante la “cárcel fábrica”, los albores del siglo XXI, nos encuentra ante las “cárceles de la miseria”-pero al mismo tiempo la cárcel se torna en una empresa que ahora cotiza en bolsa, lo que no resulta en absoluto contradictorio-.

---

<sup>885</sup> MELOSSI, D-PAVARINI, M.: *Cárcel...* Op. Cit. pg. 89

<sup>886</sup> HARDT, M- NEGRI, A.: Op. Cit. pg. 10

<sup>887</sup> Para HARDT y NEGRI no sólo involucra la producción de bienes materiales en un sentido estrictamente económico, sino que también toca y produce todas las facetas de la vida social, económica, cultural y política.

<sup>888</sup> *Ibidem*. 407.

<sup>889</sup> Vid. MOUFFE, CH.: *Crítica como intervención contrahegemónica*, Traducción de EXPÓSITO, M. Ed. Eudeba, Buenos Aires. 2006

WAQCUANT hace alusión, en referencia concreta al estado penal norteamericano, que éste se traduce en la puesta en vigencia de una política de criminalización “(...) que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario y mal pago como obligación ciudadana (...) El aparato carcelario estadounidense, sostiene WAQCUANT, “(...) cumple un papel de control respecto de los grupos a los que la doble reestructuración de la relación salarial y la caridad estatal ha hecho incongruentes o superfluos: los sectores en decadencia de la clase obrera y los negros pobres de las ciudades, ocupan un lugar central en el sistema de los instrumentos de gobierno de la miseria”<sup>890</sup>.

En Estados Unidos, la política social carcelaria se cristaliza en cinco tendencias: una hiperinflación carcelaria o el aumento exorbitante del número de encarcelados; un incremento sostenido en la cantidad de personas en manos de la justicia, en las “antecámaras y bastidores” de la prisión; el crecimiento desmesurado del sector penitenciario dentro de la administración pública; el florecimiento de la industria privada de la prisión, y finalmente lo que WAQCUANT denomina una política de *affirmative action* carcelaria, que se traduce en el ejercicio preferente de la política punitiva sobre las familias y barrios desheredados, particularmente los enclaves negros de las grandes ciudades<sup>891</sup>. WAQCUANT es enfático en señalar que esta orientación no responde a una mayor propensión de los afroamericanos a las conductas desviadas, sino que delata, ante todo, el carácter fundamentalmente discriminatorio de las prácticas policiales y judiciales llevadas adelante en el marco de la política de ley y orden de las dos últimas décadas<sup>892</sup>.

Este panorama que describe WAQCUANT, es poco más o menos que un “modelo”, aplicable- con la salvedad de las respectivas idiosincrasias- a cuanta realidad penitenciaria se pretenda abordar. Es que los “excluidos invisibles” se vuelven visibles en porcentajes de criminalizados, porque se criminaliza al excluido, y también se criminaliza, al “otro”. A decir de WAQCUANT: “Esta hipótesis se articula en el dominio de los dispositivos de normalización y desvío, marcación y apartamiento (...) la que necesariamente debe ser recontextualizada en las políticas del excluible que supone la no libre circulación de la fuerza de trabajo”<sup>893</sup>. Lo que hay que retener es la lógica profunda de ese vuelco de lo social hacia lo penal. Lejos de contradecir el

---

<sup>890</sup> WACQUANT, L: Op. Cit, pg 102

<sup>891</sup> WACQUANT, L: Op. Cit, pg 101

<sup>892</sup> CAMPOS, D.: *Comentario a Cárceles de la miseria*, Ed. UACH, Santiago de Chile, 2002

<sup>893</sup> WACQUANT, L.: Op. Cit, pg 135

proyecto neoliberal de desregulación y extinción del sector público, el irresistible ascenso del Estado penal norteamericano constituye algo así como su negativo, porque traduce la puesta en vigencia de una política de criminalización de la miseria que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario y mal pago como obligación ciudadana, así como de la nueva configuración de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo que le es concomitante. En primer lugar, el sistema penal contribuye directamente a regular los segmentos inferiores del mercado laboral. Comprime artificialmente el nivel de desocupación al sustraer por la fuerza a millones de hombres de la “población en busca de un empleo”. De todas formas, la hipertrofia carcelaria es un mecanismo de doble filo: si bien a corto plazo mejora la situación del empleo al recortar la oferta de trabajo, en un plazo más largo no puede sino agravarla, al hacer que millones de personas sean poco menos que inempleables<sup>894</sup>. La prisión en las sociedades del siglo XXI se constituye entonces, en una continuidad de la exclusión producida muros afuera, así, es continuación de la “favela”, de la “villa miseria”, del “gueto”, asegura el “apartamiento”, en palabras de WACQUANT, de una categoría indeseable percibida como una doble amenaza inseparablemente física y moral sobre la ciudad, marcados por la sospechosa peligrosidad<sup>895</sup>.

El neoliberalismo, “teoría” originariamente desocializada y deshistorizada tiene hoy día más que nunca los medios para hacerse verdadera, empíricamente verificable”<sup>896</sup> Las cifras y las estadísticas<sup>897</sup> penitenciarias, son la evidencia palmaria de nuestras afirmaciones<sup>898</sup>.

---

<sup>894</sup> WACQUANT, L: Op. Cit, pg 102

<sup>895</sup> Haciendo referencia ya concretamente a los sistemas penales latinoamericanos, es necesario advertir que se han importado ideologías que poco tienen que ver con nuestras realidades y que el modelo para el control social periférico fue el de LOMBROSO, que impulsó como premisa de su criminología “la inferioridad biológica de los delincuentes centrales, quienes debían estar en cárceles y manicomios, así como los habitantes originarios de las colonias. Para esta teoría racista existe analogía entre el criminal y el ‘salvaje’ (colonizado) y además, el niño, la mujer y el anciano por su menor capacidad racional para la funcionalidad dentro de la producción y por su agresividad para la competencia violenta. La prisión, entonces, se constituyó en Latinoamérica en una institución de secuestro menor dentro de otra mayor que es la colonia Vid. ZAFFARONI, E.R.: *Manual de Derecho...* Op. Cit, pg y se convirtió en el paradigma “invisibilizador” habitado por los “enemigos sociales”, esa herencia dio sus frutos visibles hasta nuestros días y ha evidenciado que la brecha entre los objetivos explícitamente proclamados para legitimar el modelo punitivo y el nivel de funcionamiento real del sistema penal sea inmensa (...) La legalidad es una ficción, la guerra sucia es válida allá donde el fin justifica los medios” Cfr. PINTO QUINTANIAL, J.C.: Op. Cit, pg 145

<sup>896</sup> BOURDIEU, P: *Contre-feux*, Ed. Liber, Raison d’agir, París, 1998, pg. 109.

<sup>897</sup> Haremos referencia solamente a las estadísticas argentina y española. Aclarando que la situación que aquí describimos respecto de estos dos países se reitera en el resto de las prisiones occidentales. Vid. los datos proporcionados por el Centre for Prison Studies (King's College, Universidad de Londres), <http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps>

<sup>898</sup> La realidad penitenciaria en cifras



---

a) Panorama Argentino

Tomaremos los datos otorgados por el Sistema Nacional de Estadísticas Penitenciarias para Argentina respecto del total de las prisiones del país. El último informe data del año 2011, Vid. al respecto: <http://www2.jus.gov.ar/politicacriminal/inicio.asp>:

La cantidad de personas privadas de libertad ascendía a 50.980, con una tasa de 134,61 personas detenidas cada 100.000 habitantes, lo que ubica a la Argentina entre los dieciséis países con tasa más alta de detención

**La población penitenciaria argentina es fundamentalmente joven:**

<b>EDADES</b>	<b>CANTIDAD</b>
Menores de 18 años	56
De 18 a 24 años	12.954
De 25 a 34 años	20.517
De 35 a 44 años	8.997
De 45 a 54 años	4.408
De 55 a 64 años	1.718
65 años y más	521
Sin Datos	1.809
Total	50.980

Es decir que el 69% de la población penitenciaria argentina corresponde a personas entre los 18 y 34 años de edad, el 18% a personas entre los 35 y 44 años, mientras que el 13 % restante se divide entre los 45 a los 65 años (y más). La población penitenciaria es esencialmente joven.

**- Respecto del nivel de educación de las personas privadas de libertad, las cifras nos dicen lo siguiente:**

<b>Nivel de Instrucción</b>	<b>Cantidad</b>
Ninguno	2.910
Primario Incompleto	11.490
Primario Completo	23.599
Secundario Incomp.	7.064
Secundario Completo	2.594
Terciario Incompleto	177
Terciario Completo	216
Universitario Incomp.	386
Universitario Comp.	177
EGB 1 Incompleto	220
EGB 2 Incompleto	138
EGB 3 Completo	125

---

Polimodal Incompleto	288
Polimodal Completo	44
Sin datos	1.106
Total	50.980

En porcentaje, un 70% de la población penitenciaria argentina carece de educación media y superior, de ese 70% un 47% tiene primario completo y el otro 23% tiene primario incompleto. Solamente el 2% tiene educación universitaria o superior.

**Respecto a la situación laboral al momento de ingreso:**

Situación laboral al momento de ingreso	Cantidad
Trabajador de tiempo Completo	9.771
Trabajador de tiempo Parcial	16.616
Desocupado	22.406
Sin Datos	2.187
Total	50.980

Es decir que un 46% de las personas privadas de libertad en la Argentina, al momento del ingreso tenía el carácter de desocupado, el 34% revestía la calidad de trabajador de tiempo parcial y precario. Lo que se traduce en un total de 80% de presos provenientes de las franjas de desocupados o subocupados del sistema laboral argentino. Solamente el 20% tenía un trabajo a tiempo completo.

**-Respecto a la capacitación laboral al momento de ingreso:**

Capacitación laboral al ingresar	Cantidad
Tenía algún oficio	16.242
Tenía alguna Profesión	4.136
No tenía ni oficio ni Profesión	24.525
Sin Datos	6.077
Total	50.980

En porcentaje un 55% no tenía ni oficio ni profesión, el 36% tenía algún oficio (albañiles, zapateros, carniceros, etc) lo que hace un total de 91% de población penitenciaria argentina procedente de las franjas de habitantes sin capacitación laboral o capacitación informal.

**-Respecto a la situación laboral al momento de ingreso:**

Situación laboral al momento de ingreso	Cantidad
Trabajador de tiempo Completo	9.771
Trabajador de tiempo Parcial	16.616
Desocupado	22.406
Sin Datos	2.187
Total	50.980

Es decir que un 46% de las personas privadas de libertad en la Argentina, al momento del ingreso tenía el carácter de desocupado, el 34% revestía la calidad de trabajador de tiempo parcial y precario. Lo que se traduce en un total de 80% de presos provenientes de las franjas de desocupados o subocupados del sistema laboral argentino. Solamente el 20% tenía un trabajo a tiempo completo.

**-Respecto a la capacitación laboral al momento de ingreso:**

<b>Capacitación laboral al ingresar</b>	<b>Cantidad</b>
Tenía algún oficio	16.242
Tenía alguna Profesión	4.136
No tenía ni oficio ni Profesión	24.525
Sin Datos	6.077
Total	50.980

En porcentaje un 55% no tenía ni oficio ni profesión, el 36% tenía algún oficio (albañiles, zapateros, carniceros, etc) lo que hace un total de 91% de población penitenciaria argentina procedente de las franjas de habitantes sin capacitación laboral o capacitación informal.

**-Respecto a la capacitación laboral dentro del establecimiento penitenciario, a la pregunta de si participaron de algún programa de capacitación laboral, respondieron de la siguiente manera:**

<b>¿Participó de algún Programa de Capacit. Laboral?</b>	<b>Cantidad</b>
Si	7.700
No	36.801
Sin Datos	6.479
Total	50.980

En porcentaje, el 83% de la población penitenciaria argentina, no participó de programa alguno de capacitación laboral dentro de la prisión. Solamente el 17% sí lo ha hecho.

**-Respecto a si han participado de algún programa educativo, dentro de la prisión, las respuestas han sido las siguientes.**

<b>¿Participó de algún Programa Educativo?</b>	<b>Cantidad</b>
SI – Educación Formal – EGB	8.368
SI – Educación Formal – Polimodal	4.900
SI – Educación Formal – Terciaria	158
SI – Educación Formal– Universitaria	563
SI – Educación no Formal	3.850
No participa de programa educativo	28.710
Sin datos	4.431
Total	50.980

Como bien dice NEUMAN, “(...) cuando vuelvo a recorrer las prisiones del país y del extranjero advierto por una tenaz fatalidad que nada ha cambiado. Allí están los mismos presos de entonces y los mismos guardiacárceles. Podrá verlos quien visite un establecimiento penal de provincias y ello ocurre también en las grandes ciudades. Igual coloración de piel, iguales gestos, el mismo modo de andar, tatuajes similares, cortes, dentaduras rotas, los mismos torsos desnudos, la misma tristeza, son estos presos los hijos de los que conocí hace veinte años y nietos de aquellos más lejanos en el tiempo, casi todos por no decir todos tienen el mismo denominador común: gente de abajo, de extracción humilde, sumergidos sociales ¿acaso las personas de clases acomodadas no delinquen en nuestros países americanos?, como si existiera una determinación no genética que los proyecta a una especial tara hereditaria”<sup>899</sup>.

---

En porcentaje, el 62 % de los internos en las prisiones argentinas no participa de programa educativo alguno, el 38 % restante sí lo hace.

**-Delitos de mayor mención**

Los delitos de mayor mención son los delitos contra la propiedad en un porcentaje de 75%, seguido por homicidios dolosos, infracciones a la ley 23737 (ley de estupefacientes) y otros delitos contra la propiedad.

**b) Panorama Español**

Con respecto al panorama español, hay dos interesantes y enjundiosos trabajos de investigación, realizados desde la Universidad Pontificia de Comillas al respecto, el primero de ellos: *Mil voces presas*, publicado en el año 1998 autoría de los profesores CABRERA CABRERA y RÍOS MARTIN y *Andar un Kilómetro en línea recta, la cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Ed Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, éste último ha recogido las siguientes estadísticas.

**La población penitenciaria española es eminentemente joven.**

Edad	Porcentaje
Menos de 26 años	11,5%
De 26 a 30 años	18, 0%
De 31 a 40 años	39, 8%
De 41 a 50 años	22,1%
De 51 a 60 años	7,4%
61 años y más	1,3%

Los autores de la investigación dejan cuenta que los extranjeros en prisión son incluso algo más jóvenes que los españoles, pues entre ellos la media desciende hasta los 36,05 años de edad, mientras que entre los españoles sube hasta 37,11. Y lo que es más importante, el grupo de los que tienen 30 años o menos supone entre los extranjeros el 30,2%, mientras que esa cohorte más juvenil reúne sólo al 22,8% de los españoles.

**-Ocupación laboral antes de ingresar a prisión**

Ocupación laboral	Porcentajes
Dirección de empresas y administración pública	1,50%
Técnicos y profesionales	3,70%
Empleados de tipo Administrativo	1,90%

Trabajadores de servicio de restauración, personales protección y vendedores de comercio	21,80%
Trabajadores cualificados en la agricultura y la pesca	1,20%
Trabajadores y artesanos cualificados en la industria manufacturera, la construcción y la minería	16,60%
Operadores de instalaciones y montadores	7,30%
Trabajadores no Cualificados	38,60%
Personal de fuerzas de Seguridad	3,00%

A la pregunta “¿Cuál es la profesión que has ejercido durante más tiempo?”, los profesores que han realizado la investigación refieren que han dando ocasión a que los internos respondieran abiertamente: “A esta cuestión respondieron un total de 1.109 personas presas, el 66% de la muestra recogida. Entre las respuestas, abundan las referencias a ocupaciones de baja cualificación relacionadas con la construcción (albañil, peón) o los servicios (camarero) y 12 personas señalan haber sido ‘vendedores ambulantes’. No dejaremos de mencionar algunas que otras respuestas con más valor anecdótico que sustantivo como es el caso de quienes contestan escribiendo que su profesión es la de ‘atracadór’, ‘delincuente’, ‘profesional del sexo’ o ‘traficante’” Como observamos, el porcentaje de trabajadores no cualificados es el más elevado de la tabla, a los que deberíamos incorporar a los trabajadores del ámbito informal de la economía lo que suma un porcentaje evidentemente abrumador que asciende al 67,7 de los encuestados.

#### **-Nivel de estudios**

<b>Nivel de estudios</b>	<b>Porcentajes</b>
Analfabeto	1%
Sin estudios, sabe leer	8,70%
Primarios, EGB, Cert, Escolar	57,30%
FP I	12,00%
FP II	7,10%
Bach. Superior/COU	8,40%
Univ. G. Medio	2,50%
Univ. G. Superior	2,30%

La población penitenciaria española tiene un escaso nivel de instrucción, como observamos en la tabla, alcanzan el nivel de formación primaria la inmensa mayoría, si sumamos el porcentaje de personas analfabetas más las que no tienen estudios pero saben leer el porcentaje se incrementa al: 65,00% de personas con escasa o nula formación educativa.

#### **Nivel educativo y laboral de las personas privadas de libertad en España pero de origen extranjero**

Respecto del nivel laboral y educativo la investigación curiosamente señala un mayor nivel de cualificación y de estudios respecto de los extranjeros en prisión “Mientras los universitarios representan únicamente el 4,8% de los españoles, los europeos del Este con estudios universitarios vienen a ser el 24,5%; los latinoamericanos el 22,1% y el 17,9% los que proceden de la antigua Europa. En el extremo opuesto se encuentran las personas presas originarias del Magreb, en cuyo caso nos encontramos con que casi una cuarta parte (el 23%) no ha completado los estudios primarios. Debe señalarse que entre este grupo de presos el analfabetismo se dispara hasta un 4,4%. Por otra parte, entre los subsaharianos no ha respondido ninguno con estudios superiores”

Y no son solamente los presos los que provienen de la misma franja social, también de allí provienen los guardias, sus custodios: “los presos de los presos”, como los llama NEUMAN. La prisión significa para ellos “una fuente laboral”, una forma de salir del atolladero, un sueldo a fin de mes, seguro social para la familia. Los guardias también arrastran una “herencia carcelaria”.

Es que en nuestras sociedades profundamente desiguales se predica una ley penal de igual envergadura para todos, “pero la única igualdad que puede predicarse es la que Anatole FRANCE veía irónicamente como símbolo de la imperiosa majestad de la ley penal, la de que prohíbe por igual a ricos y pobres robar pan y dormir debajo de un puente”<sup>900</sup>.

A esta altura no puede negarse entonces lo evidente: la prisión selecciona<sup>901</sup>. Quienes pueblan nuestras prisiones son los excluidos, aquellos periféricos de las sociedades

---

Por otra parte, los trabajadores no cualificados en prisión extranjeros llegan al 24,30% contra el 38,60% de los españoles, técnicos profesionales y científicos al 11,90% contra el 3,70 de españoles en prisión con esa formación profesional.

#### **Extranjeros en prisión**

La investigación señala que “Algo más de la mitad de los presos extranjeros se encontraban legalmente en España (“tenían papeles”) antes de ingresar en prisión. El 49%, en cambio, se encontraban en situación irregular. De este grupo de casi 250 personas presas que confiesan hallarse “sin papeles” antes de entrar en la cárcel, prácticamente las tres cuartas partes creen que si hubieran tenido permiso de residencia, de trabajo, etc., habrían podido evitar aquella conducta “delictiva” que finalmente les llevó a dar con sus huesos en la cárcel. Hasta un 71% responden afirmativamente a la pregunta sobre la existencia de una vinculación entre la estancia irregular y los comportamientos que acaban traduciendo en infracciones legales y, finalmente, en el ingreso en prisión”

Entre los problemas más comunes que deben afrontar además del hecho mismo de estar en prisión mencionan los siguientes: Las comidas el 20, 6%; la práctica de su religión, el 6, 7%; el idioma el 6,7%; el rechazo, racismo de otros presos el 10,9%; rechazo y racismo de parte de los funcionarios el 16, 9%, la distancia de la familia, dificultad para estar en contacto con ellos el 62,9%, menos posibilidades económicas el 41,3%, otras el 17,7%.

Los profesores a cargo de la investigación aluden a que “la mayor parte de los extranjeros actualmente en prisión, desearía quedarse en España al término de su condena: apenas un 30% piensa volver a su país. Este deseo es especialmente fuerte entre los magrebíes (el 94% responden afirmativamente) y entre los subsaharianos (90%), en cambio desciende bastante entre los Europeos de la UE-15 (59%), los europeos del Este (67%) y los latinoamericanos (67%). Probablemente la respuesta a esta pregunta está en relación no sólo con las dificultades de la vida aquí, sino con lo que esperan encontrarse en caso de regresar a allá (...) Casi las dos terceras partes de los de los europeos del Este (49%). Lo que parece remitir a un perfil delictivo bastante diferente entre los naturales de estas regiones”

El trabajo de investigación al que hemos venido haciendo referencia, para tener una noción acerca de la realidad penitenciaria española, deja evidenciado el perfil del entorno familiar de las personas privadas de libertad, y la conclusión a la que llega es categórica. A la pregunta: “¿Tienes en este momento, o has tenido antes, otros familiares en prisión?”: respondieron afirmativamente el 30% de los encuestados. “Casi la tercera parte de las personas que cumplen pena de prisión son, a su vez, hijos, nietos, hermanos o sobrinos de presos o ex-presos. Este porcentaje se eleva al 37% si consideramos únicamente a los españoles. Un abrumador porcentaje que nos habla de la existencia de unos cuantos miles de familias pobres que les lleva a sobrevivir en estado de conflicto permanente con las instituciones penales y de control

<sup>899</sup> NEUMAN, E.: *Prisión abierta...* Op. Cit. pg. 67

<sup>900</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal y Control Social*, Ed. Temis. Bogotá, 1999, pg. 45

<sup>901</sup> Resulta quimérico pretender leer en los diarios “Funcionario corrupto fue condenado a prisión” o “Poderoso empresario recibe sentencia condenatoria ejemplar”, (a menos, claro, que el poder político de

periféricas, quienes presentan el mayor grado de vulnerabilidad al enorme tentáculo de la prisión.

Esta no es una cuestión azarosa, es que las agencias del sistema penal ejercen poder para controlar un marco social, cuyo signo principal es el sufrimiento y la muerte, y que son consecuencia estructural de un sistema que la genera en los más pobres y pone en evidencia la falsedad del discurso jurídico-penal de la “seguridad ciudadana”. Pero al mismo tiempo no existe capacidad para reemplazarlo pues es uno de los principales sostenes del poder vigente y autoritario del Estado<sup>902</sup>, uno de los últimos, sin duda.

La cárcel, el encierro carcelario en el siglo XXI, en la era del neoliberalismo, una vez más desafía y promueve argumentos cada vez más complejos en cuanto a la búsqueda de su propia justificación cuando ésta sigue con la pretensión de ampararse en las propuestas “correccionales resocializadoras”. Tal y como lo afirma DAROQUI, verdaderas ficciones que desde hace más de 30 años han sido cuestionadas y “desautorizadas” –en particular a partir de la década del '70, cuando la cárcel sufrió la denuncia pública de su fracaso– y al mismo tiempo develaban y hacían visibles sus funciones latentes que la justificaban ya no como el laboratorio transformador del hombre delincuente, sino como una maquinaria productora de sufrimiento, dolor, subordinación y también, productora de delincuencia material y simbólica al “servicio” de un orden social que hizo del secuestro institucional una estrategia de gobernabilidad del conflicto y el malestar social emergentes de las relaciones de explotación y desigualdad constitutivas del capitalismo<sup>903</sup>

El modelo de gobernabilidad de los estados neoliberales es la exclusión y la prisión, es exclusión por excelencia, el encierro carcelario se constituye entonces en un observatorio privilegiado de la cuestión social del siglo XXI.

---

turno los haya abandonado) sí en cambio es habitual leer y escuchar “Adolescentes tomaron rehenes para robar supermercado” o “Amplio rastrillaje en villa miseria en busca de peligrosos delincuentes”.

<sup>902</sup> PINTO QUINTANILLA, J. C.: Op. Cit pg. 12

<sup>903</sup> DAROQUI, A.: “De la resocialización a la neutralización” en *Sistema penal del siglo XXI en Argentina*, Ed. Ediar, Bs. As, 2007

## CAPÍTULO VII

### MUROS ADENTRO.

#### La Pena de privativa de libertad y los derechos humanos

##### 1-Fundamentación de los derechos humanos

Distintas teorías se han esgrimido destinadas a fundamentar a los derechos humanos, la mayoría de ellas coinciden en que estos no pueden tener como fundamento único a la norma positiva. NINO, sostiene que en el caso de los derechos humanos se trata de principios o reglas de orden moral. Por lo tanto, los derechos humanos, son al menos en su sentido originario, derechos morales, así ha sostenido el profesor argentino “(...) llegamos a la conclusión de que los derechos humanos otorgados por un orden jurídico son derechos morales”<sup>904</sup>, pero entiende a la moral como un sistema de principios y juicios de valor que tienen validez objetiva, es decir, que valen en todo tiempo y lugar, con independencia de su reconocimiento fáctico<sup>905</sup>.

Para BOBBIO, es posible identificar tres dimensiones de los derechos humanos: a) la histórica, b) la moral, c) la jurídico institucional. Son derechos históricos en el sentido de que su surgimiento depende de determinadas circunstancias, que, en general, se caracterizan por “luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes”<sup>906</sup>, afirma que “los derechos surgen como respuestas a formas de opresión y de deshumanización, que hoy son provocadas por el vertiginoso crecimiento del poder manipulador del hombre sobre sí mismo y sobre la naturaleza”<sup>907</sup>.

Ha sostenido el profesor BARBOZA VERGARA que la diferencia entre la dimensión moral y la jurídico institucional, puede hacerse a partir de la distinción que hace BOBBIO entre el fundamento de un derecho que se debería tener y el de un derecho que se tiene. Si se trata de un derecho que deberíamos tener, nos movemos en el plano moral, la fundamentación consiste en buscar buenas razones para defender la legitimidad de un derecho y así, convencer a la mayor cantidad de personas posible de la necesidad de reconocerlo, especialmente a aquellos que detentan el poder. Pero, si se trata de lo segundo, la fundamentación consiste en buscar una norma en el ordenamiento

---

<sup>904</sup> NINO, C.S.: *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, pg 24

<sup>905</sup> NINO, C. S.: Op. Cit, pg 25

<sup>906</sup> BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, pg. 11

<sup>907</sup> BOBBIO, N.: “La primacía de los derechos sobre los deberes” en *Teoría general de la Política*, Ed. Trotta, Madrid, pg 520



jurídico positivo que lo reconozca, ubicándonos en la dimensión jurídico-institucional. Parece, que la dimensión jurídica supone haber resuelto la cuestión moral, de tal suerte que cuando un derecho aparece consagrado en una disposición constitucional, sobre su legitimidad hay un fuerte consenso que lo convierte en asunto no opinable y por tanto en materia no disponible por parte de las mayorías<sup>908</sup>.

Sin embargo, también sostiene BOBBIO que existen cuatro obstáculos que impiden hallar un fundamento absoluto para los derechos humanos: a) la vaguedad del término derechos humanos, b) la heterogeneidad e incompatibilidad de estos entre sí, c) el carácter antinómico de los mismos d) el relativismo histórico de los derechos humanos, así BOBBIO ha afirmado que “todo esto prueba que no existen derechos fundamentales por naturaleza, lo que parece fundamental en una época no lo es en otra”<sup>909</sup>, por su parte, el profesor HERNÁNDEZ, sostiene que la búsqueda de una fundamentación absoluta es reemplazada por una histórica en la que se destaca el proceso a partir del cual un sistema de valores es aceptado universalmente. BOBBIO sin embargo, finalmente considera que el problema acerca de la fundamentación ha sido resuelta con la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>910</sup>, así es que ésta “representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado, y por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez”<sup>911</sup>

Asimismo, FERRAJOLI ha sostenido que “todos los derechos humanos son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente, en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente, en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos de supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente”<sup>912</sup>. Históricamente, afirma FERRAJOLI, los derechos humanos han sido establecidos en las cartas constitucionales como el resultado de una lucha o incluso de una revolución que ha roto el velo de normalidad que ocultaba en realidad la opresión o la discriminación, siempre

---

<sup>908</sup> BARBOZA VERGARA, A.: “Democracia y derechos humanos en la teoría política de Norberto Bobbio” en *Co-herencia* N°2 Vol 3, Bogotá, 2005, pg 117.

<sup>909</sup> BOBBIO, N.: *Sobre el fundamento de los derechos humanos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1992, pg 131

<sup>910</sup> Documento aprobado por 48 países miembros de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948, finalizada la segunda guerra mundial.

<sup>911</sup> HERNÁNDEZ, A.: “¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? La tesis de BOBBIO y BEUCHOT, en *Isonomía*, N° 6, México, 1997, pg. 172

<sup>912</sup> FERRAJOLI, L.: “Sobre los derechos fundamentales” traducción de CARBONELL M. en *Cuestiones Constitucionales* N° 15, Ed UNAM; México, 2006, pg 118

han sido una conquista<sup>913</sup>, una limitación del poder. “No ha sido casualidad que los derechos humanos (...) hayan nacido siempre al develarse una violación de la persona que se ha vuelto intolerable”<sup>914</sup>.

Hay pues, para FERRAJOLI, una identificación de los derechos humanos como la ley del más débil. Y hay también, para el profesor italiano, una distinción entre dos esferas, la del ser y la del deber ser, las constituciones modernas se han ajustado a esta distinción y una norma superior se valida en una de rango superior. En estos ordenamientos, la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa que permiten afirmar el ‘ser’ o la existencia de las normas; depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el ‘deber ser’ jurídico establecido por normas superiores<sup>915</sup>.

Los modernos estados constitucionales han incorporado en su derecho positivo contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado, principios tales como “el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y de certeza. Todos estos principios, afirmados por las doctrinas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII en forma de derecho o derechos naturales, han sido consagrados en las modernas constituciones en forma de principios normativos fundamentales que contienen limitaciones o imperativos negativos - también positivos-, como los expresados por los llamados (derechos sociales o materiales, al trabajo, a la salud, a la subsistencia, a la educación, etc.) añadidos en las constituciones de este siglo (...). En particular, los llamados derechos inviolables de la persona, derechos personalísimos o indisponibles que no son sino la forma jurídica positiva que los derechos naturales, teorizados como pre o meta o supra-jurídicos en los orígenes del

---

<sup>913</sup> Es a partir de las revoluciones norteamericana y francesa cuando comienzan a positivizarse sistemáticamente los derechos humanos, ya en la segunda mitad del Siglo XVIII y bajo el influjo ideológico del enciclopedismo humanista. Los derechos humanos son considerados como otorgados por el derecho natural y al legislador le corresponde solamente su reconocimiento. En los inicios del siglo XIX y bajo la influencia del positivismo jurídico los derechos humanos fueron recepcionados bajo la forma de derechos y garantías, hasta el advenimiento de los regímenes totalitarios del siglo XX, (sobre todo desde los horrores de la segunda guerra mundial) no parecía necesario buscar otra fundamentación que la positiva, cuando se produce como reacción el resurgimiento del derecho natural. Vid. BULYGIN E.: “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos” en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°4, 1987, Bs As, pgs. 79, 85

<sup>914</sup> FERRAJOLI, L.: *Sobre...* Op. Cit, pg 127

<sup>915</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho...* Op. Cit pg 355

estado moderno, han asumido con su garantía en tanto que derechos subjetivos en las Constituciones modernas”<sup>916</sup>

### **1-1 Fundamentación sociológica de los derechos humanos**

Se ha buscado una fundamentación sociológica al sostenerse que el hombre no puede ser considerado como una unidad abstracta o desligado de la sociedad en la que vive, y es ésta la fundamentación a la que adherimos, pues el ser humano, sostenemos, debe ser considerado en un contexto histórico, político, económico. Esta concepción contempla al hombre como un ser social, que nace, crece, se desarrolla y muere en un determinado contexto social: “(...) pensar en los derechos de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los incapaces, de las víctimas, de los refugiados, de los grupos minoritarios étnicos, religiosos, supone prestar atención a toda una serie de nuevos derechos que sólo pueden ser percibidos si se asume este nuevo paradigma propio del pensamiento sociológico. Es aquí cuando puede avanzarse en la hipótesis de una construcción social de los derechos del hombre” ha sostenido con acierto RIVERA BEIRAS<sup>917</sup>.

Así, puede abordarse la problemática de los derechos humanos de las personas que “viven “o sobreviven en nuestras sociedades o al margen de ellas. Lo cual evidencia la necesidad de un tratamiento de sus derechos basado más en la diversidad que en la igualdad (a diferencia de las clásicas declaraciones de derechos). En el caso concreto de los presos, la condición de “privados de libertad” es precisamente su nota característica. Al Estado, le corresponde entonces un deber de acción y de abstención de parte de los Estados: abstención de torturar, abstención de hacinar, obligación de procurar que la prisión sea lo menos deteriorante posible.

Así, la dignidad humana, como límite de la pena, implica o traduce la obligatoriedad de tratar al otro como queremos que nos traten a nosotros en idénticas circunstancias, siguiendo aquel imperativo categórico kantiano que reza “Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne en una ley universal”, dignidad que implica también la necesidad de considerar al hombre como un fin sí mismo.

Los derechos humanos son entonces una realidad, pero lo son, en tanto derivan de la misma naturaleza humana, acompañan a la existencia misma del hombre y forman parte

---

<sup>916</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho...* Op. Cit, pg 356

<sup>917</sup> RIVERA BEIRAS, I.: *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Ed Bosch. Barcelona 1995, pg 47

de su esencia, pero no son reales en tanto son objeto de menosprecio y de violación. Y los derechos humanos de los presos no son tales, en tanto las cárceles siguen siendo instrumentos de negación de la humanidad, evidencia empírica constatable, como lo veremos.

Por tanto, lo más trascendental en los tiempos que corren, tal y como lo ha sostenido BOBBIO, no es tanto justificarlos sino y más bien, defenderlos<sup>918</sup>. Debemos partir de la siguiente premisa: Los derechos humanos son en su origen una idea que expresa la exigencia incondicional al Estado de respeto a la persona. El hombre pretende erigir un escudo contra el abuso de poder de sus gobernantes. Como con acierto afirma LARA PONTE, el objetivo primordial de los derechos humanos es poner un límite a la acción del poder en el marco de la aplicación de la ley, para establecer un radio de acción mínimo de facultades, posibilidades, y oportunidades que aliente y protejan la vida humana<sup>919</sup>.

## **2) Protección de los derechos humanos**

Las Constituciones de los regímenes democráticos del mundo han positivizado un arsenal de derechos y corresponde a los Estados respetarlos, promoverlos y protegerlos para que precisamente todo ese arsenal opere<sup>920</sup>. Y es éste el punto esencial, pues “resulta casi tan fácil repetir que todos los hombres nacen iguales en derechos como difícil resulta vivenciarlo”<sup>921</sup>. Lo que se evidencia con pasmosidad en el ámbito penal y más concretamente en el ámbito penitenciario.

Sabemos que una conquista de la modernidad política se refleja, sin duda, en la formulación de los derechos del ciudadano, pero también sabemos que contemporáneamente -en este período que algunos denominan postmodernidad- los súbditos surgen de la aplicación de tecnologías del control, consumo y castigo, que atraviesan todo el cuerpo social, pareciera entonces que la articulación entre el derecho constitucional y el derecho penal -ha sido siempre y es- consecuentemente, por lo menos, precaria. Así las excepciones a las garantías y derechos reconocidos en los instrumentos legales de mayor jerarquía, se han constituido en la regla,

---

<sup>918</sup> BOBBIO, N.: *El tiempo...* Op. Cit pg 61

<sup>919</sup> LARA PONTE, R.: “Derechos humanos y Constitución” en *El significado actual de de la Constitución. Memoria del Simposio Internacional* Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998, pg 103

<sup>920</sup> LARA PONTE, R.: Op. Cit, pg. 106

<sup>921</sup> ZAFFARONI, E.R.: *Manual...* pg. 87

sobredimensionándose el poder punitivo de una manera extraordinaria, y cuando el poder de castigar, como hemos visto, se potencia al punto de declarar el estado de excepción como un estado permanente se pone de manifiesto la ficción débil de la figura del ciudadano<sup>922</sup>, pero no de igual manera con todos los ciudadanos, pues parecen distinguirse al menos dos “categorías”, como lo ha sostenido la profesora ZÚÑIGA RODRIGUEZ, “parece que el Derecho Penal tiene dos varas de medir: una para la delincuencia económica y otra para la delincuencia callejera (dos velocidades). Ha habido una sutil ideologización de las masas en reforzar el Derecho penal de éstos últimos (tolerancia cero), mientras que el Derecho penal que cometen los poderosos sigue manteniendo altas dosis de impunidad”<sup>923</sup>.

## **2.1-Deber de protección del Estado frente a las distintas formas de violencia.**

Sabido es que ante la comisión de un delito corresponde una pena y que la de prisión es la más gravosa de ellas. El planteo que surge inevitable es entonces si el Estado debe extender sus garantías para con quien ha delinquido o si estas deben ser reducidas o eliminadas en su caso<sup>924</sup>, y aunque la realidad parece indicarnos otra cosa, un Estado democrático debe otorgar todas aquellas garantías necesarias para la protección de sus miembros contra los abusos, con la finalidad precisamente de limitar el poder punitivo, “Su” poder punitivo, y así, siguiendo a ROXIN podemos afirmar que un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal sino también del derecho penal<sup>925</sup>.

Si bien es cierto que la privación de libertad es un instrumento establecido como posible ante la comisión de un delito en los sistemas legales del mundo, el punto central en este caso, es precisamente, como lo hemos afirmado, las condiciones en que se cumple la privación de libertad, y sabido es que la cárcel es la gran olvidada de las campañas electorales, ningún candidato a algún cargo electoral promete “mejoras en las cárceles”,

---

<sup>922</sup> Como sabemos es el peligro, la amenaza, la guerra, el incremento de la delincuencia callejera lo que justifica esa forma de intensificar el poder punitivo, la cuestión es ¿Estamos ante un entrapamiento propio del discurso jurídico de la modernidad, o se trata de un esquema que recorre toda la historia de occidente? parece importante mantener la pregunta por las formas de resistencia a la forma específica de relaciones de poder que configuran nuestro presente.

<sup>923</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: entrevista disponible en [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar)

<sup>924</sup> Garantías que se vuelven la excepción, tal y como lo ha sostenido AGAMBEN. Vid al respecto: AGAMBEN, G.: *Estado de excepción*, Ed. Adriana Hidalgo, Bs As, 2004,

<sup>925</sup> ROXIN, C.: *Derecho Penal Parte General*, Trad. LUZÓN PEÑA, DÍAZ, GARCÍA CONLLEDO, REMESAL, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pg. 137

las cárceles no son estéticas, no están a tono con las sociedades de consumo. Como las cárceles son lo que son, eminentemente destructivas, se hace imperioso el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Así lo establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos que los Estados han suscripto y la normativa interna que en consonancia se dicta. Esta obligación de velar por los derechos de quienes se encuentran privados de libertad conlleva una obligación de responder por su incumplimiento en el ámbito internacional, ya que la efectivización de los derechos humanos constituye una aspiración de la humanidad toda.

### 3-La pena de prisión como pena corporal

Ha sostenido NEUMAN “Un juez que priva de libertad, aunque ordinariamente no lo sepa ni lo piense condena un poco a la muerte”<sup>926</sup>, afirmación que se revalida con las condiciones en que se cumple la pena de prisión como así también con el hecho cierto de que recae sobre un atributo esencial del hombre como lo es la libertad, lo que se traduce no solamente en la imposibilidad del libre tránsito sino también en una serie de secuelas que ella acarrea sobre el cuerpo del penado- con todo, se hace necesario recordar que aún persiste la pena capital<sup>927</sup> en gran cantidad de países.

<sup>926</sup> NEUMAN, E.: *No a la Prisión*, Ed. Abeledo Perrot. 2000, Bs As, pg 62.

<sup>927</sup> Según un informe de amnistía internacional: [www.amnistia.org](http://www.amnistia.org) Más de dos tercios de los países del mundo han abolido la pena de muerte de su legislación o en la práctica: 1) **abolicionistas para todos los delitos:** Albania, Alemania, Andorra, Angola, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia Y Herzegovina, Bulgaria, Bután, Cabo Verde, Camboya, Canadá, Chipre, Colombia, Costa De Marfil, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Eslovenia, España, Estado Vaticano, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guinea-Bissau, Haití, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Islas Cook, Islas Marshall, Islas Salomón, Italia, Kiribati, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia (Ex Rep. Yug.), Malta, Mauricio, México, Micronesia (Estados Federados), Moldavia, Monaco, Montenegro, Mozambique, Namibia, Nepal, Nicaragua, Niue, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Palau, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, República Eslovaca, Rumaní, Ruanda, Samoa, San Marino, Santo Tomé Y Príncipe, Senegal, Serbia, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Timor Oriental, Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Vanuatu, Venezuela, Yibuti

2) **Abolicinistas sólo para delitos comunes:** Países cuyas leyes establecen la pena de muerte únicamente para delitos excepcionales, como los delitos previstos en el código penal militar, o los cometidos en circunstancias excepcionales, como los cometidos en tiempo de guerra: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, El Salvador, Fiyi, Israel, Kazajstán, Kirguistán.

3) **Abolicinistas de hecho:** Países que mantienen la pena de muerte para los delitos comunes como el asesinato pero que pueden ser considerados abolicinistas de hecho dado que no han ejecutado a nadie durante los últimos diez años y se cree que mantienen una política o una práctica establecida de no llevar a cabo ejecuciones. En esta lista se incluyen también países que se han comprometido internacionalmente a no hacer uso de la pena capital: Argelia, Benín, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Congo (República), Corea (Del Sur), Eritrea, Federación Rusa, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Kenia, Laos, Madagascar, Maldivas, Malawi, Malí, Marruecos, Mauritania, Myanmar, Nauru, Níger, Papúa Nueva Guinea, República Centroafricana, Sri Lanka, Surinam, Suazilandia, Tanzania, Tayikistán, Togo, Tonga, Túnez, Zambia

4) **Retencionistas:** Mantienen la pena de muerte para delitos comunes: Afganistán, Antigua Y Barbuda, Arabia Saudí, Autoridad Palestina, Bahamas, Bahréin, Bangladesh, Barbados, Belice, Bielorrusia, Botsuana, Burundi, Camerún, Comoras, Congo (República Democrática), Corea (Del Norte), Cuba, Chad, China, Dominica, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos De América, Etiopía, Guatemala, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guyana,

El hombre en prisión sufre alteraciones en su personalidad y en su sociabilidad, las enfermedades que se contraen por el hacinamiento- cuando no, por el aislamiento- los cuerpos mutilados por disputas en enfrentamientos entre internos o con personal penitenciario, las torturas, las autolesiones, las adicciones, las enfermedades sexuales que se contraen en prisión, los suicidios, en definitiva: el encierro, hacen sin duda que la prisión no deje de ser una pena corporal <sup>928</sup> Recae sobre el cuerpo del individuo, sobre toda su humanidad, sobre su corporalidad. La pena se vuelve cuerpo. Aunque se postule lo contrario, tal como afirma MESSUTI, cuando la libertad se define como la posibilidad de desplazarse físicamente de un lugar a otro sin más obstáculos, la imposibilidad de ejercer dicha acción “afecta al cuerpo mismo del detenido, dado que es su cuerpo el que se desplaza”<sup>929</sup>.

Pero no sólo la pena afecta al cuerpo sino que afecta también la salud mental de los privados de libertad, como una especie de cuentagotas, una afectación que de segundo a segundo se transforma en años de violencia, de amenazas, de coerción, de imposición. Así, MESSUTI con acierto nos dice: “Los ataques que suponen estas privaciones a nivel psicológico son menos fácilmente visibles que los sufrimientos físicos provocados por los castigos corporales, pero la destrucción de la psiquis no es menos temible que la aflicción del cuerpo”<sup>930</sup>.

Es que ocurre que la pena de prisión está vinculada sustancialmente, esencialmente al dolor, está atrapada en el círculo vicioso del sufrimiento, en él se origina y con él se pretende responder<sup>931</sup>. Así pues, son la violencia y el sufrimiento dos signos vitales de la pena de prisión. Coincidimos con FERRAJOLI en el sentido de que, mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno, así, el profesor de Roma sostiene apropiadamente que “Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y

---

India, Indonesia, Irak, Irán, Jamaica, Japón, Jordania, Kuwait, Laos, Lesoto, Líbano, Libia, Malaisia, Mongolia, Nigeria, Omán, Pakistan, Qatar, San Cristóbal Y Nevis, San Vicente Y Granadinas, Santa Lucía, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sudán, Tailandia, Taiwán, Trinidad Y Tobago, Uganda, Vietnam, Yemen, Zimbabue

<sup>928</sup> Vid al respecto RIVERA BEIRAS, I.: “La cárcel y el sistema penal en España” en VV.AA *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

<sup>929</sup> MESSUTI, A.: “Reflexiones sobre el pensamiento penal”, en *Perspectivas criminológicas en el umbral del siglo*, Ed. Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, pg. 7

<sup>930</sup> MESSUTI, A.: “Reflexiones...” Op. Cit, pg. 11.

<sup>931</sup> MESSUTI, A.: “Reflexiones...” Op. Cit, pg. 7

de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos”<sup>932</sup>.

Retomando, podemos decir entonces que cuando se condena a alguien a cumplir Pena de Prisión condenamos a Penar. El término Penar lo sabemos, es sinónimo del término Sufrir, podemos decir entonces (literalmente) que condenamos a un hombre a sufrir. Sumadas a la privación de libertad, debemos tener presentes, como hemos dicho, las condiciones en que se cumple esa pena, lo es en recintos tenebrosos, en condiciones gravosas, en situación de hacinamiento, o de aislamiento absoluto, bajo una vigilancia permanente. Las condiciones edilicias, sin duda, en algunos países pueden ser “mejores”, “más modernas” que en otros, pero la privación de libertad es idéntica, el encierro es el mismo, por tanto, al hombre se le condena a muchas otras penas además de la privación de libertad, es que además y volviendo a MESSUTI, “La condena pronunciada en el escenario penal contra el abstracto sujeto de derecho se encarnará en la persona física y mortal que ese sujeto representa. El tiempo ‘destemporalizado’ se ‘retemporalizará’ en el transcurso de la pena. La muerte, que ha sido desvinculada del individuo, sobrevendrá durante la pena, o después de la pena, pero el individuo morirá su propia muerte. Y el individuo sufrirá su propia pena, porque la pena abstracta se materializará en un dolor concreto”<sup>933</sup>.

La pena inconcreta entonces, en tanto no se ha hecho carne, permanece en la abstracción hasta que se corporiza en un hombre condenado, pues la pena de prisión aunque parezca una evidencia, sólo existe en tanto hay cuerpo sobre quien aplicarla.

### **3.1- La pena de prisión, también pena de tiempo**

La esencia de la ejecución penal contemporánea, es el pasaje de las formas anteriores de castigo infringido al de la vigilancia total, a la apropiación del tiempo como novedosa y moderna vía de represión que desemboca en un inocultable control de contención<sup>934</sup>.

La pena de prisión, entonces, implica no solamente la privación de la posibilidad del desplazamiento físico de un sitio a otro, la pena de prisión se traduce además en la privación de la disposición del propio cuerpo, del sentido de individualidad, e implica también y en consecuencia la privación de tiempo; una condena de cinco, veinte años

---

<sup>932</sup> FERRAJOLI, L: *Derecho...* Op. Cit. , pg 385

<sup>933</sup> MESSUTI, A: “Reflexiones...” Op. Cit, pg 6

<sup>934</sup> PINTO QUINTANILLA, J.: Op.Cit pg 19



de prisión, no se constituye en la aplicación de cinco o veinte años como si el tiempo fuese acumulable y ajustable, implica la quita de tiempo, la suspensión de la vida toda de quien ha sido condenado durante ese determinado legalmente período temporal. En concordancia con MESSUTI decimos que el encarcelamiento más que canalizar y redistribuir el tiempo, implica la negación del mismo. “Los individuos extraídos de los lugares de trabajo y del mercado laboral - la principal esfera de tiempo “vivido” - y simultáneamente de sus familias y comunidades, ya no son capaces de pasar tiempo “libre”. De este modo, aunque el encarcelamiento sea en esencia cuestión de tiempo, se experimenta como una forma de falta de tiempo, con expresiones carcelarias que a menudo la describen como el “hacer o “matar” el tiempo. Esta paradójica relación entre tiempo y encarcelamiento se explica hasta cierto punto al identificar las diferentes formas de tiempo que se experimentan dentro de la prisión como fuera de ella, en la sociedad más amplia”<sup>935</sup>.

“La pena deja de ser pena; la pena, me atrevería a decir, se desmesura”<sup>936</sup> sostiene MESSUTI. En efecto, la pena se deconstruye y se transforma lisa y llanamente no más que en la cantidad de sufrimiento que durante el tiempo transcurrido se aplica, en mayor o menor medida, a cada sujeto privado de libertad.

El tiempo se convierte en algo que no pasa, algo “inaguantable”, ya que en definitiva está constituyendo la propia vida del privado de libertad, su vida sin tiempo. Al decir en palabras de MESSUTI: “Es la coincidencia entre pena y vida lo que espanta.”

La pena, por otra parte, no será igual si debe transcurrirse en celdas de aislamiento o en un régimen cerrado, semiabierto, etc. En este sentido, la medida de aislamiento individual (y con ella su duración y forma de cumplimiento) va más allá del tiempo mismo de encierro, se convierte en cada vivencia del interno durante el transcurso de ésta.

En definitiva, el ser humano, se transforma en un ser que respira, que camina una vida silenciada, arrojada al anonimato del encierro. Así y siguiendo a MESSUTI, la duración de la pena no tropieza con la “duración” de la vida del ser de carne y hueso. El sujeto de derecho no refleja a la persona humana en su característica más propia: la finitud. El olvido de la finitud (el no ser siempre) del ser humano permite fijar penas superiores al tiempo de vida de cualquier persona. Cuando ello sucede, lo

---

<sup>935</sup> MESSUTI A.: “Delito, pena, tiempo: una proporción imposible”, en *Revista Ultima Ratio*, Lumen Juris Editora, San Pablo, 2006.

<sup>936</sup> MESSUTI, A.: “Reflexiones...” Op. Cit.

simbólico de la pena adquiere la dimensión de lo imaginario. En el olvido del no ser siempre, se esconde una percepción de la muerte inspirada también en el pensamiento jurídico calculante. Éste la considera un dato más con respecto al abstracto sujeto de derecho. Y desde esa perspectiva tiene el carácter de un evento impersonal, “se” muere como “se” contrata, “se” cumple una obligación, etc. El “se” da la impresión de que quien muere es un ser anónimo. Pero en realidad ese “se” corresponde a “ninguno”. Y el ninguno no sólo no tiene nombre, tampoco existe. La muerte se desvincula del tiempo y del sujeto concreto. Así, desvinculada del individuo, la muerte se considera un acontecimiento más. No obstante, lo más individual y propio del individuo es su propia muerte. Y ésta pertenece a su "no ser siempre", que se sustrae al cálculo y a la previsión y es inconciliable con la certeza<sup>937</sup>.

Privados entonces de su tiempo, de la libre disposición de su cuerpo, de su espacio vital, arrojados y sumergidos tras los muros se evidenciarán una serie de violaciones a los derechos humanos, violaciones que recaen concretamente sobre la corporalidad del privado de libertad, que constataremos a continuación.

#### **4- Los derechos humanos al interior de la prisión. Las torturas, los tratos inhumanos, crueles y degradantes**

Plantearse la problemática carcelaria y su vinculación con la violación de los derechos humanos implica entonces una dificultosa tarea, más aún a la hora de entender que la cárcel carga en sus entrañas un ultraje a la humanidad misma.

El preso, aún despojado de las cosas más esenciales de su vida, conserva por la dignidad inherente a su calidad de persona una serie de derechos que le son propios, de los que no puede ser desposeído, y así lo reconocen los instrumentos de protección de derechos humanos, que han surgido paradójicamente como consecuencia de las aberraciones que los hombres son capaces de cometer en contra de sus semejantes.

Sabemos que a una persona condenada a prisión no se le debe privar de la vida, ni someterlo a tortura. También se reconoce, al menos legalmente, la prohibición de someterlo a tratos inhumanos y degradantes<sup>938</sup>. Sin embargo, también es cierto que las realidades de los sistemas penitenciarios indican otra cosa, las prisiones tienen por

---

<sup>937</sup> MESSUTI, A.: “Delito...” Op. Cit, pg 24

<sup>938</sup> MAPELLI CAFFARENA, B.: “Contenido y límites de la privación de libertad”, en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Interrogantes penitenciarios en el quincuagésimo aniversario de la declaración universal de los derechos humanos, Nº12 Extraordinario*, San Sebastián, 1998 pg 87

huéspedes a “hombres rotos”<sup>939</sup> por la indignidad que provoca el encierro, la promiscuidad, los malos tratos, la mugre, los olores lacerantes y la muerte, que, como veremos no sólo son una metáfora.

El reconocimiento de los derechos humanos en instrumentos positivizados, constituye, al menos, la posibilidad (fortuita) de un límite garantista contra las arbitrariedades provenientes de los detentadores del poder, y concretamente respecto de los derechos de los privados de libertad, la posibilidad de exigir el acatamiento, el respeto de lo que ya hemos dicho, se constituye en el límite de la ejecución de la pena, principio que consideramos irreductible: la dignidad humana, dignidad que no puede ser relativizada. Porque del valor más básico (el valor de toda vida humana, de todo ser humano, es decir, su dignidad), se deriva el principio primero y fundamental en el que se basan todos los demás: la actitud de respeto que merece por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. Así, el Profesor chileno GUZMÁN DALBORA nos dice con acierto que la dignidad propia del hombre es un valor singular que fácilmente puede reconocerse, reclama de nosotros una actitud proporcionada, adecuada: reconocerlo y aceptarlo como un valor supremo (actitud de respeto) o bien ignorarlo o rechazarlo. Este valor singular se nos presenta como una llamada al respeto incondicionado y absoluto. Un respeto que, como se ha dicho, debe extenderse a todos los que lo poseen: a todos los seres humanos. Por eso mismo, aún en el caso de que toda la sociedad decidiera por consenso dejar de respetar la dignidad humana, ésta seguiría siendo una realidad presente en cada ciudadano. Aún cuando algunos fueran relegados a un trato indigno, perseguidos, encerrados en campos de concentración o eliminados, este desprecio no cambiaría en nada su valor inconmensurable en tanto que seres humanos<sup>940</sup>.

Entonces, si bien es cierto que se ha dado un gran avance desde el momento mismo en que se han reconocido y positivizado los derechos humanos, tal reconocimiento es insuficiente a la hora de su efectiva tutela y aplicación cotidiana en las prisiones, pues, como ya hemos adelantado, no pueden negarse las muertes anónimas que se originan tras las rejas como consecuencia de las torturas y los malos tratos, no pueden negarse tampoco aquellos “suicidios” que se producen misteriosamente con la complicidad de la

---

<sup>939</sup> D’ESTEFANO PISANI, M.: “Mariano Ruiz-Funes penitenciario”, en *Últimos Estudios Criminológicos de Mariano Ruiz-Funes. Libro Homenaje*, Ed. Jesús Montero, La Habana, 1955, pg. 97

<sup>940</sup> VIDAL BOTA, J.: “La dignidad humana y sus implicaciones éticas”. *EGUZKILORE N° Extraordinario 12*. San Sebastián, 1998

oscuridad, que cuando se habla de plazos razonables de detención preventiva no pueden negarse los procesamientos indefinidos en el tiempo, que cuando se hace mención a la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad no puede negarse lo desfasado de tal discurso, que cuando se hace mención a las condiciones dignas de detención no pueden negarse los violentos motines que se producen en reclamo de, al menos, dignidad en el encierro, no puede negarse la violencia, el dolor, los calabozos de castigo, que cuando se menciona el “tratamiento” reeducador no puede negarse el sometimiento contra voluntad a un proceso cosificante y despersonalizador, ni la concepción del preso como un ser “desviado” al que hay que corregir.

Es necesario un sinceramiento y un apartamiento de aquellas afirmaciones que sostienen que por el mero hecho de la positivización de los derechos humanos estos cobran vida por- se, nada más alejado de ello. Esa afirmación es absurda, no es cierta.

Ahora bien, hablamos de torturas, tratos inhumanos, crueles y degradantes, no como conductas independientes y distintas unas de otras sino como un comportamiento atentatorio que consideramos global y que puede tener o asumir cualquiera de esas tres variantes que quebrantan, violan, atentan, contra la integridad física, psíquica, moral, en definitiva contra la dignidad de las personas. Como veremos con posterioridad, la normativa legal caracteriza o define a la tortura como los suplicios a los que es sometida la persona con un determinado “fin”, sin embargo, veremos también que la tortura se ha constituido al interior de los muros en una práctica despojada de fines, ella es un fin en sí misma. Veamos que ha dicho la jurisprudencia:

En el ámbito americano, la Corte Interamericana en el caso *Bueno Alves c/ Argentina* sostuvo que “la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta”<sup>941</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha dicho al respecto: “la tortura, los tratos inhumanos, y los tratos degradantes son en su significado jurídico, nociones graduales de una misma escala que, en todos su tramos denotan la causación, sea cuales fueran sus fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio”.<sup>942</sup>

---

<sup>941</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bueno Alves c/ Argentina*, Sentencia 11 de Mayo de 2007. Vid.: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>

<sup>942</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, 120/1990, 137/1990 Vid. <http://hj.tribunalconstitucional.es/>

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Irlanda c/ Reino Unido, determinó que los abusos premeditados a los que fueron sometidos presuntos terroristas no alcanzaban la entidad suficiente para revestir el carácter de “tortura” sino que caracterizaban únicamente tratos crueles e inhumanos. Los detenidos habían sido sometidos a intensos interrogatorios, fueron obligados a permanecer de pie durante horas frente a una pared con los brazos y piernas separados, no se les dejó comer ni dormir. El Tribunal, sostuvo que tales prácticas que habían provocado intensos sufrimientos físicos y morales, revestían el carácter de tratos inhumanos. Es decir que para el Tribunal de Estrasburgo la tortura se distingue de los malos tratos por su intensidad o gravedad, por ser la más grande infamia cometida contra el individuo<sup>943</sup>.

En casos posteriores ha seguido manteniendo el mismo criterio. Así ha sostenido en el año 2003 que un trato es inhumano cuando ha sido premeditado, aplicado durante horas, y ha causado importantes lesiones físicas o intensos sufrimientos físicos o mentales<sup>944</sup>. Son menos graves que la tortura. Por su parte, los tratos degradantes han sido entendidos por el Tribunal Europeo como “los causantes en las víctimas de temor, angustia e inferioridad capaz de humillarse”<sup>945</sup>

Es decir, que en definitiva, se ha establecido una escala desde lo más gravoso a lo que sigue siéndolo pero sin llegar a constituir tortura.

#### **4.1-La tortura y otras formas de violencia en el ámbito penitenciario. Contexto Legal**

El secreto acompaña indefectiblemente la evidencia de la miseria más profunda del hombre. Existe una altísima cifra de hechos de tortura que no son denunciados, por temor y por imposibilidad, sobre todo teniendo en cuenta que en el caso que analizamos, estos hechos se producen “muros adentro”, únicos testigos del horror, entonces el silencio se constituye una tortura en la tortura, FERRAJOLI nos dice con razón “En efecto, el torturado está solo e impotente frente a su torturador. No sabe cuándo cesarán los tormentos. No sabe ni siquiera qué tormentos se sumarán a los ya padecidos. Es en esta soledad, en este terror absoluto, sin esperanza, donde reside el

---

<sup>943</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Irlanda c/ Reino Unido 18 de Enero de 1978. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288776153228/MuestraInformacion.html> Vid también: ESPINOZA RAMOS, B.G.: “La tortura, una mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en Gaceta Penal, Lima, 2008, pg. 56,

<sup>944</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Van der Ven c/ Países Bajos, 4 de Febrero de 2003

<sup>945</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer c/ Reino Unido, 25 de Abril de 1982

aspecto quizás más terrible, más insoportable –acaso más que el dolor físico- de la tortura. El torturado sólo sabe que se encuentra en manos de su torturador, sometido a su dominio absoluto, víctima de torturas sin límite, no imaginadas y ni siquiera imaginables. La tortura representa, en virtud del secreto en el que se consume, la manifestación extrema y más desagradable del poder del hombre sobre el hombre. Un poder absoluto, ante todo, porque absoluto es el terror del torturado (...). Bajo este aspecto, no sólo la tortura sino también su impunidad –más aún, la posibilidad misma de la tortura- representa la violación más notoria y degradante del Estado de derecho. Contradicen todos sus principios basilares: la visibilidad y la transparencia del ejercicio del poder, su sujeción a la ley, la lesión, en definitiva, de la dignidad de la persona y de sus derechos humanos más elementales y vitales”<sup>946</sup>.

Con los antecedentes del artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>947</sup> y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>948</sup>, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se dispuso en la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles y Degradantes<sup>949</sup> en su artículo 1 que: “ *A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas* ”

---

<sup>946</sup> FERRAJOLI, L.: “La lucha contra la tortura: una batalla de la razón” Traducción de PISARELLO G. intervención en la presentación del libro *Privación de la libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. El 5 de febrero de 2008, disponible en [www.pensamientocritico.com](http://www.pensamientocritico.com)

<sup>947</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 del 10 de diciembre de 1948, disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

<sup>948</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, disponible en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm)

<sup>949</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1) disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

Por su parte las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos<sup>950</sup> en el apartado Disciplina y Sanciones establece específicamente en sus artículos: 30. 1) *Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento, sin que pueda serlo nunca dos veces por la misma infracción.* 2) *Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso.* 3) *En la medida en que sea necesario y viable, se permitirá al recluso que presente su defensa por medio de un intérprete.* 31. *Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias.* 32. 1) *Las penas de aislamiento y de reducción de alimentos sólo se aplicarán cuando el médico, después de haber examinado al recluso, haya certificado por escrito que éste puede soportarlas.* 2) *Esto mismo será aplicable a cualquier otra sanción que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso. En todo caso, tales medidas no deberán nunca ser contrarias al principio formulado en la regla 31, ni apartarse del mismo.* 3) *El médico visitará todos los días a los reclusos que estén cumpliendo tales sanciones disciplinarias e informará al director si considera necesario poner término o modificar la sanción por razones de salud física o mental.*

Por otra parte, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión<sup>951</sup> en su art. 6 establece que “*Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*”

En el ámbito americano, en el mismo sentido que Convención contra la Tortura y otros Tratos Cruels y Degradantes, ha establecido la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura, en su art. 2<sup>952</sup> el concepto de “tortura” y en su artículo 5 establece un supuesto muy trascendente: “*No se invocará ni admitirá como justificación*

---

<sup>950</sup> Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, disponible en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp34\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp34_sp.htm)

<sup>951</sup> Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, disponible en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp36\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp36_sp.htm)

<sup>952</sup> Adoptada en la asamblea general de los estados americanos, en su décimo quinto período ordinario de sesiones, Cartagena de Indias, Colombia, 9 de Diciembre de 1985. Entrada en vigor: el 28 de febrero de 1987, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-51.html>

*del delito de tortura(...) Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.”*

Por su parte, la Convención Americana de sobre derechos humanos en su art. 5 inc. 2 establece que: 2. *Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.*

En el ámbito europeo se ha adoptado el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos<sup>953</sup>, en su art. 3 prohíbe expresamente la tortura, las penas y tratos crueles inhumanos y degradantes. En el mismo contexto, es menester citar al Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos y degradantes<sup>954</sup> Por otra parte y también en el ámbito europeo en Enero de 2006 se aprobaron las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas<sup>955</sup> que disponen, en relación con los derechos de los reclusos, en la regla 1ª: *“Las personas privadas de libertad deben ser tratadas en el respeto de los derechos del hombre”*. Asimismo, la regla 2ª, establece: *“Las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley por su condición de penados a una pena de prisión o sometidos a prisión provisional”*, en el capítulo “Disciplina y Sanciones” regla 60.3 que: *“Las sanciones colectivas, las penas corporales, el internamiento en una celda oscura, así como todas otras formas de sanciones inhumanas o degradantes deben de estar prohibidas”*<sup>956</sup>.

---

<sup>953</sup> Fue adoptada por el Consejo de Europa a en 1950 y entró en vigor en 1953. El nombre oficial de la Convención es Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La Convención instituyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Corte Europea de los Derechos Humanos Disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>

<sup>954</sup> Adoptado por el Consejo de Europa el 26 de Noviembre de 1987.

<sup>955</sup> “(...) que en una parte de la doctrina penitenciaria han provocado cierta desesperanza y estupor, por las posibles consecuencias prácticas de la traslación de estas normas a las legislaciones nacionales y a la ejecución penitenciaria empírica (...)De todos estos preceptos primordiales en materia de Derechos, resalta únicamente la regla segunda, por cuanto la afirmación “salvo aquellos que les hayan sido retirados de acuerdo con la ley”, incorpora un término en exceso restrictivo, por cuanto no es igual retirar que limitar. Retirar es clausurar, limitar tan sólo es reducir.” Vid SANZ DELGADO, E.: "Los derechos humanos al interior de la prisión en los albores del s. XXI" Conferencia pronunciada en la Semana Conmemorativa de los Derechos Humanos. 3 de diciembre de 2007. Monterrey. Nuevo León. México Inédita.

<sup>956</sup> Sin embargo, es menester tener en cuenta que las reglas penitenciarias europeas no son sino una recomendación y no un instrumento normativo de obligado cumplimiento cuya conculcación pueda ser denunciada ante el tribunal europeo de derechos humanos. Vid al respecto TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Las nuevas reglas penitenciarias europeas del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Ed Edisofer, Madrid, 2006, pg 8.



#### 4.2)- Contexto legal en la República Argentina

La Constitución de la Nación Argentina establece en su art. 18: “(...) *Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice*”.

A partir de la reforma Constitucional del año 1994, en el art. 75. inc. 22 se han incorporado con rango constitucional una serie de pactos y tratados sobre protección de los derechos humanos, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establece en el art. 25 que “*todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad*”; el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que “*toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”; fórmula ésta que recepta de modo similar el art. 5 inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. Lo que se complementa con lo que dispone el Código Penal Art. 144 ter inciso 1° del Código penal que prevé que “*Será reprimido con reclusión o prisión de 8 a 25 años e inhabilitación absoluta y perpetua, el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario bastando que éste tenga sobre aquella poder de hecho*”<sup>957</sup>

Por su parte, la ley 24.660 sobre Ejecución de Sentencias, establece en el capítulo III “Normas de trato” y en el art. 77 que “*Al personal penitenciario le está absolutamente prohibido emplear la fuerza en el trato con los internos, excepto en los casos de fuga, evasión o de sus tentativas o de resistencia por la fuerza activa o pasiva a una orden basada en norma legal o reglamentaria. Aun en estos casos, todo exceso hará pasible*

---

<sup>957</sup> Código Penal de la Nación Argentina. Ed. AZ , Buenos Aires, 2006

*al responsable de las sanciones administrativas y penales que correspondan” y el art. 144 bis incisos 2 y 3 prevé penas sensiblemente menores (prisión o reclusión de 1 a 5 años) al funcionario público “que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales” o “que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales”<sup>958</sup>.*

#### **4.3)- Contexto legal en España**

España ha firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Europea para la prevención de la Tortura y Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes y además ha ratificado los mecanismo del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) y al Protocolo Facultativo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

La Constitución, por su parte, establece en el art. 15 que *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”* asimismo el Reglamento Penitenciario<sup>959</sup> establece en el capítulo II, art. 2 inc a) *“los internos tienen derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas.”*

Habiendo especificado la normativa existente respecto a la prohibición de la tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes, las confrontaremos con lo que nos dicen los hechos.

---

<sup>958</sup> Ibidem 63

<sup>959</sup> Real Decreto 190/1996 disponible en <http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Normativa/>

## 5)-Torturas, tratos inhumanos crueles y degradantes en las prisiones argentinas

La prisión inserta al penado en una “universalidad castigante”<sup>960</sup>, todo puede ser requisado, destruido, hasta sus propios cuerpos.

Así es que, a pesar del contexto legal descripto anteriormente y los mecanismos de protección previstos por los mismos, las cárceles argentinas atraviesan por una gravísima situación, en las que no sólo se priva de libertad, también se priva de humanidad.

Aunque las autoridades suelen negar constantemente la existencia de hechos de esta naturaleza, ellos representan conductas prohibidas y en consecuencia son ejecutados en los espacios de la ilegalidad y por supuesto, como decíamos, del mutismo. Con todo, el peso de la realidad apabulla cualquier intento de silenciamiento.

Ante la reiteración gravísima de hechos de tortura se creó una base de datos, específicamente el “Banco de Datos de casos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”<sup>961</sup>, que se integra con la información que deberán hacer saber los titulares de las Unidades de Defensa ante el conocimiento formal u ocasional de situaciones de torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, cometidos por personas en ejercicio de funciones públicas de los que resulten víctimas quienes en cualquier carácter se hallen ligados a un proceso judicial penal, contravencional o administrativo”<sup>962</sup> Entre el 18 de marzo de 2009 y el 19 de agosto de 2010, el *Banco de Datos* registró 2.551 hechos de violencia ocurridos en cárceles y comisarías bonaerenses<sup>963</sup>.

LITVACHKY y MARTINEZ han dejado constancia en una investigación acerca de la tortura en las instituciones carcelarias argentinas que “La tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes (tratos vejatorios contra la dignidad humana, malos tratos físicos y psicológicos) son habituales en las cárceles y comisarías del país. Incluyen golpes de puño, patadas, bastonazos y culatazos. También se registran casos de quemaduras de cigarrillos, uso de gas paralizante en el rostro y violaciones sexuales cometidas frente al personal del sistema penitenciario. Entre las prácticas más

---

<sup>960</sup> PINTO QUINTANILLA, J.C., Op. Cit, pg 15

<sup>961</sup> Con competencia sólo para la provincia de Buenos Aires.

<sup>962</sup> Programa que se creó en la esfera del Ministerio Público y de la defensa de Bs. As el 17 por resolución de la Cámara N° 13/00 de la Cámara de Casación de la provincia de Buenos Aires

<sup>963</sup> ALES, C- BORDA, R- ALDERETE LOBO, R.: “Sobrepoblación carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción”, en *Colapso del sistema carcelario* Ed. Siglo XXI, Bs As, 2012, pg. 46

aberrantes se encuentran la picana eléctrica y el “submarino seco”<sup>964</sup>. Las estadísticas judiciales sólo reflejan los casos que, por distintas circunstancias, logran atravesar los mecanismos de encubrimiento y salen a la luz. Así, los efectos de las torturas y los malos tratos en las cárceles de la provincia de Buenos Aires pueden aparecer en los números oficiales bajo los ropajes de las “lesiones”, las “autolesiones”, los “accidentes” o directamente la “muerte”, todos datos sumamente imprecisos, ya que en ellos se engloba una variada gama de causas que ha provocado esos efectos<sup>965</sup>.

Aunque los muros acallan los gritos y la oscuridad esconde a la muerte, Argentina fue puesta en evidencia. En Noviembre de 2009 el Comité contra la tortura de la ONU difundió un informe donde diez de los catorce “motivos de preocupación” tuvieron que ver con las condiciones de detención en las cárceles y comisarías. Así, en su informe, el Comité expresa su preocupación por lo siguiente<sup>966</sup>: a) *Las numerosas alegaciones de tortura y malos tratos cometidas de manera generalizada y habitual por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, tanto en las provincias como en la capital federal.*

b) *La desproporción entre el elevado número de denuncias por actos de tortura y malos tratos y las mínimas condenas dictadas por dichas causas, así como los retrasos injustificables en la investigación de casos de tortura, todo lo cual contribuye a la impunidad existente en esta materia.*

c) *La práctica reiterada por parte de los funcionarios judiciales de realizar una calificación errónea de los hechos, asimilando el delito de tortura a tipos penales de menor gravedad (por ejemplo apremios ilegales), sancionados con penas inferiores, cuando en realidad merecerían la calificación de tortura.*

d) *La información proporcionada por el Estado Parte sobre la observancia de las obligaciones que la Convención impone continúa sin ser representativa de la situación en todo el país, como lo manifestó el Comité en el examen de los informes precedentes del Estado Parte. Asimismo, el Comité toma nota con preocupación de que la creación de un registro nacional que recopile información de los tribunales nacionales sobre los*

---

<sup>964</sup> Consiste en cubrir la cabeza de la víctima con una bolsa de nylon para dificultar la respiración. Al desaparecer el oxígeno se producen trastornos cerebrales y, posteriormente, deviene la asfixia y la muerte.

<sup>965</sup> LITVACHKY, P-MARTINEZ. M. J., “La tortura y las respuestas judiciales en la provincia de Bs. As” en *Colapso...* Op. Cit, pg. 63

<sup>966</sup> Observaciones sobre Argentina del Comité contra la Tortura de la ONU, en *Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1999-2009)*, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Santiago de Chile 2009

*casos de tortura y malos tratos ocurridos en el Estado Parte aún no se ha llevado a cabo.*

*e) Los informes de arrestos y detenciones de niños por debajo de la edad de responsabilidad penal, la mayoría “niños de la calle” y mendigos, en comisarías de policía donde llegan a estar detenidos junto a adultos, y sobre las supuestas torturas y malos tratos padecidos por éstos, que en algunos casos les produjeron la muerte.*

*e) El hacinamiento y las malas condiciones materiales que prevalecen en los establecimientos penitenciarios, en particular la falta de higiene, de alimentación adecuada y de cuidados médicos apropiados, que podrían equivaler a tratos inhumanos y degradantes.*

*f) Las presuntas represalias, intimidaciones y amenazas recibidas por quienes denuncian actos de tortura y malos tratos.*

*g) Las vejaciones y tratos degradantes que tienen lugar durante las requisas personales que se practican a las personas que visitan los centros de detención.*

*h) La falta de independencia del personal médico de los establecimientos penitenciarios, quienes pertenecen a la institución penitenciaria.*

Ahora bien, el informe al que hacemos mención aquí, deja en evidencia que la aplicación de tormentos se hace visible en general a posteriori, a partir de las denuncias de las víctimas, sus familiares o algunos funcionarios. Los testimonios constituyen un fuerte indicio de que la tortura y los malos tratos son utilizados no tanto como un método para la obtención de un fin (confesión, intimidación, etc.), “sino como un hecho rutinario, “disciplinario” en el sentido más foucaultiano de la palabra”<sup>967</sup>.

La gravedad se incrementa en el caso de los menores privados de libertad, solamente hablando de cifras “oficiales” (sin duda habrá una cifra negra que incrementa con creces la oficial) puede observarse en los últimos años un incremento considerable de los casos de torturas y/o maltratos de menores de edad en la provincia de Buenos Aires. El Registro de Denuncias de Apremios y Malos Tratos Físicos o Psíquicos en perjuicio de Menores Tutelados —a cargo de la Subsecretaría de Patronato de Menores de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires—, al mes de mayo de 2011 contabilizaba un total de 738 denuncias, pero al 18 de abril de 2012, registraba ya 1516 denuncias. La Suprema Corte de Justicia de la provincia pudo constatar un patrón llamativo: de un

---

<sup>967</sup> LITVACHKY, P-MARTINEZ. M. J.: “La tortura...” Op. Cit, p. 61. Es decir, en la imposición de estándares de disciplina y sometimiento normalizador y de fijación en la institución penitenciaria, es decir, también, en la asunción del rol de preso, de anormal, de “vigilado”.

total de sesenta casos, entre 2007 y 2010, de niños y jóvenes muertos en “presuntos enfrentamientos policiales”, en al menos seis casos se comprobó que las víctimas habían denunciado previamente amenazas y/o tratos lesivos por parte del personal policial asignado a su custodia<sup>968 969</sup>.

Ya en el ámbito Nacional, en abril de 2011, la Procuración Penitenciaria Federal presentó un informe acerca de los malos tratos en las prisiones federales argentinas, donde lisa y llanamente manifiesta que “Los malos tratos físicos y psíquicos que sufren en la actualidad los presos argentinos alcanzan niveles tales, que el mandato constitucional de cárceles de la Nación “para seguridad y no para castigo” es letra muerta. Y lo ha sido siempre<sup>970</sup>.

Basta la lectura de algunos de los datos recabados por el Informe de referencia, para corroborar la veracidad de esta afirmación: En cuanto a malos tratos vejatorios y degradantes que padecen las personas encarceladas en unidades del Servicio Penitenciario Federal podemos sintetizar que de las 939 personas encuestadas fueron sometidas a la requisa de desnudo total y flexiones: 263 (24.8%); requisa de desnudo total: 773 (82,9%); requisa de desnudo parcial: 445 (46,7%) y requisa de cacheo: 719 (76,6%).

El 70% de las mujeres pasó en el año 2010 por un procedimiento de requisa personal de desnudo total y flexiones, es decir la inspección más degradante y humillante. En el caso de los varones, la modalidad de requisa que presenta mayor concentración es la segunda en el nivel de intensidad vejatoria, el desnudo total, con un 88%<sup>971</sup> Pero los porcentajes no traslucen más que el relato de seres humanos sometidos a las más humillantes situaciones, como los relatos que ha recogido en su informe la Procuración Penitenciaria.

Esto a pesar que el art. El art. 70 de la Ley de Ejecución dispone que “*para preservar la seguridad general, los registros en las personas de los internos, sus pertenencias y*

---

<sup>968</sup> PRESENTACIÓN INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LA TORTURA EN ARGENTINA ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Febrero de 2011, por el CELS (centro de estudios legales y sociales) disponible en [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

<sup>969</sup> Coincidentemente, los jóvenes fueron muertos en la jurisdicción de la comisaría en que se habían encontrado detenidos. La advertencia efectuada por el Superior Tribunal ratifica una serie de denuncias que daban cuenta de haber hallado el cuerpo de varios niños asesinados y torturados, por parte de un sistema organizado de agentes policiales, que realizan ejecuciones extrajudiciales de menores en conflicto con la ley Vid. al respecto Ibidem 71

<sup>970</sup> Informe Procurador Penitenciario Federal, presentado el 29 de Abril de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, disponible en [http://ppn.gov.ar.nwd-online.com.ar/system/contenido.php?id\\_cat=220](http://ppn.gov.ar.nwd-online.com.ar/system/contenido.php?id_cat=220), p. 27

<sup>971</sup> Ibidem 75, p 80

*locales que ocupen, los recuentos y las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán con las garantías que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad humana”*<sup>972</sup>.

Además de esos procedimientos de requisa directos sobre el cuerpo de los internos, hay inspecciones también en los pabellones, que conllevan en particular, una requisa sobre los cuerpos de los privados de libertad. Atento a que son rutinarias, el horario en el que producen tales inspecciones suele ser previsible, siendo durante las “mañanas” el que registra mayor frecuencia<sup>973</sup> En cuanto a la pregunta acerca de con qué elementos ingresaba el Cuerpo de Requisa al pabellón, las respuestas dieron cuenta que en 141 pabellones lo hacen habitualmente con palos, escopetas, escudos, y cascos; mientras que las respuestas correspondientes a 33 pabellones, añadieron otros elementos a los ya mencionados, como: pasamontañas, chalecos, bombas de estruendo, gases lacrimógenos, aerosoles, también “cuchillos” y otros, tales como, guantes de latex, lentes de sol, escaleras, pinzas, cadenas. Por último, en 15 pabellones expresaron que lo hacen “desarmados” en las requisas de rutina. El informe recaba asimismo el relato de los internos acerca de estos procedimientos: “Ingresan insultando y gritando te dan varias órdenes, desnudarte, ir al fondo de pabellón, correr, mientras te van pegando. Entran a los escopetazos, con cascos, pasamontañas, parecen militares, esto lo hacen solo cuando hay mucho ‘quilombo’, pero por ahí te ligás un tiro sin estar metido, porque ellos entran enceguecidos, tiros, palazos, te hacen desnudar, a algunos les hacen hacer flexiones, a otros los apilan y con algunos se ensañan feo. En las últimas requisas de pabellón tiraron con balas de goma, nos hacen desnudar y tenés que hacer una fila y ponerte de espalda y nos pegan a todos. Algunos presos piden por favor que paren, y entonces les pegan más y más. Nos hacen hacer una montaña humana, la pirámide<sup>974</sup> y cuando el de bajo se asfixia pega para arriba a los presos que lo aprietan” Otro relato: “A mi hace poco la requisa me rompió la foto de mi hijo que se murió hace 5 meses, no entiendo por qué lo hicieron, estoy destrozado de ver tanta maldad. Lo peor de todo es

---

<sup>972</sup> Ley 24660 de Ejecución de Sentencias

<sup>973</sup> En 106 pabellones con 4106 personas alojadas en cárceles federales argentinas, de todas formas resulta llamativo que en 24 pabellones con 720 personas alojadas, se haya expresado que las requisas de rutina no tienen un horario fijo, por lo que pueden producirse en cualquier momento del día o de la noche, lo que asimila esa operatoria a las requisas de tipo imprevistas.

<sup>974</sup> La pirámide es una modalidad de maltrato altamente gravoso ya que el personal penitenciario obliga a los detenidos, con sus cuerpos siempre desnudos, a apilarse uno encima de otro (la montaña humana) mientras les va pegando con palos, los de abajo padecen situaciones desesperantes de asfixia por lo que también pegan a sus compañeros para sacárselos de encima, si estos salen de la pirámide son golpeados fuertemente por los penitenciaros

que cuando volvéis a entrar a la celda, todo golpeado, dolorido además tenés que acomodar el desastre que te dejaron”<sup>975</sup>.

Una medida “disciplinaria” utilizada frecuentemente en las prisiones argentinas es el uso del “buzón”, consistente en el aislamiento en celdas de dimensiones muy reducidas, sin entrada de luz, y con un orificio por donde ingresan “la comida” al interno sancionado, quien se encuentra aislado del resto de la población carcelaria. El interno duerme generalmente en el suelo, sin que tenga las condiciones higiénicas mínimas, de manera que las necesidades básicas y fisiológicas de cualquier ser humano, debe cumplirlas en bolsas o “tachos” cuando los penitenciarios se dignan en acercarle uno de estos elementos<sup>976</sup> aislados de todo contacto con el exterior, los motivos por los que se aplica esta “medida” suelen ser de los más diversos desde “quedarse dormido”, hasta “una pelea entre presos” o “problemas con otros internos”. Resulta aún más impactante, que las consecuencias de ejercer un derecho como el de defensa- como “levantar una queja” o “presentar un habeas corpus”- sea la de padecer una medida sancionatoria y que ésta además, sea la más grave: el aislamiento.

El Informe presentado por la Procuración Penitenciaria Federal da cuenta que de las 939 personas encuestadas, 346 (34,6%) personas detenidas pasaron por una situación de aislamiento en un espacio físico diferenciado del resto de la población. De esas 346 personas, 290 (28,6%) fueron aisladas a partir de una medida sancionatoria disciplinaria formal, mientras que las 56 (6%) restantes sufrieron el aislamiento por otros motivos<sup>977</sup>. Sin embargo, las reglas mínimas para el tratamiento de reclusos establece en la número 31 que: *Las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante quedarán completamente prohibidas como sanciones disciplinarias*<sup>978</sup>

A la monotonía del encierro se incorpora la monotonía de los golpes, de las 939 personas encuestadas por la Procuración Penitenciaria, fueron agredidas físicamente por personal penitenciario durante su detención, 601(64,3%). De esas 601 personas, 544 (el 58,8%) respondieron que las agresiones físicas fueron concretamente: golpes. En cuanto a la ocasión en que fueron golpeados, estos se han producido durante las requisas, en los traslados de una unidad a otra, que se hacen en condiciones

---

<sup>975</sup> Informe de la Procuración Penitenciaria, Op. Cit. pg. 89

<sup>976</sup> Informe procuración penitenciaria, Op. Cit. pg. 109

<sup>977</sup> *Ibidem* 955

<sup>978</sup> Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, disponible en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp34\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp34_sp.htm)



infrahumanas. Los llevan encadenados, sin agua, ni comida, en viajes, que en territorio argentino y por su extensión pueden durar días, esos golpes también son la forma de “bienvenida” del nuevo interno, “ritual típico” para que el mismo comience con su “adaptación”. Entre los relatos recogidos por el informe de mención, provoca especial escozor aquel que realiza un interno afirmando que, el mismo médico encargado de curar las heridas provocadas por la golpiza del “bautismo” participaba de él, situación que se reitera en las narraciones recogidas, lo que demuestra un grado de sadismo casi irreal: “En la Unidad 9 cuando llegué, como bienvenida, me dieron un jabón blanco de esos duros para lavar ropa y me dijeron que saltara sobre él hasta que se deshiciera, mientras me pegaban entre 20 penitenciarios. Cuando ingresé a la unidad me golpearon entre siete u ocho penitenciarios, incluido el médico. Estuve detenido en provincia y el trato del servicio penitenciario es mucho peor, apenas entrás ya te pegan y siempre lo hacen entre varios agentes”<sup>979</sup>.

Los golpes van unidos a la utilización de otros elementos, desde los escudos con los que ingresa el personal penitenciario, al empleo de palos, cuchillos, pisoteos en el cuerpo desnudo con borceguíes<sup>980</sup>. En el informe se hace referencia a una forma de tortura muy peculiar: “la bomba de agua”, utilizada en los penales del sur de argentina - por su ubicación austral las temperaturas son siempre bajas, pero en invierno, bajo cero- y que consiste en utilizar la manguera de la boca hidrante contra incendios aplicando el chorro de agua fría y a gran presión contra el cuerpo de los internos, provocando su caída y posterior golpe contra la pared o el piso. La misma práctica es aplicada como método para borrar las marcas de los golpes. También se sabe de la utilización de los baños obligados de agua fría con esa finalidad, borrar los rastros de las golpizas. El informe clasificó a las distintas formas de golpizas y torturas: palazos, trompadas, cachetazos, patadas, facazos, etc., con el claro propósito de producir intensamente, dolor y sufrimiento y ello se verifica aún mas, cuando se considera la localización corporal de las golpizas: cabeza-cara-oidos-ojos, costillas, espalda, cintura, abdomen, rodillas, tobillos, brazos, genitales.

En este sentido y, teniendo en cuenta las características y gravedad de los relatos de las personas que han dado testimonio de los malos tratos físicos padecidos- de los que hemos presentado sólo algunos de ellos- no es posible siquiera considerar que las intervenciones con uso de la fuerza por parte del personal penitenciario respondan

---

<sup>979</sup> Informe Procuración penitenciaria, pg. 98

<sup>980</sup> Calzado de uso típico de personal del servicio penitenciario argentino.

específicamente a situaciones de alteración del orden o a cuestiones de seguridad, ya que nada hace suponer que golpes reiterados en los tobillos, piquetes de ojos, bombas de agua, rodillazos en las costillas, palazos en la cabeza, pisoteos de cuerpos desnudos en el piso, pinchazos con cuchillos en los pies, sean acciones que procuren evitar actos de violencia producidos entre los presos en un pabellón, y si bien, esas situaciones pueden ser las que inicialmente convoquen la presencia del personal penitenciario, las prácticas descritas incluyen cierto maltrato “personalizado” en el que la relación de fuerzas está claramente desbalanceada “a favor” del personal penitenciario. Los penitenciarios que intervienen en estas prácticas exceden la individualidad que suele en estos casos ser más bien ocasional. Las consecuencias de estas prácticas sobre los cuerpos y la psique de los internos son incuestionables<sup>981</sup>. El conjunto de las lesiones, severas, intermedias y leves se produjeron en una temporalidad mediata a la realización de la encuesta y básicamente en las dos circunstancias en las que el personal penitenciario despliega el mayor grado de violencia contra los detenidos: el ingreso a la cárcel y la requisa a los pabellones.

Estos hechos en su gran mayoría no han sido denunciados por las víctimas en el oportuno momento por motivos que son evidentes, temor a represalias, como traslados, más torturas, incluso la propia muerte.

“Nos empujan y te ponen el pie para que te caigas y después se ríen a carcajadas y si te levantás y los mirás, te amenazan con los palos, y te dicen “¿querés probarlos?”, a mí las amenazas con los palos me paralizan, yo sé como pegan con eso. Me empujan con el escudo, y mientras te van amenazando, también te dan cachetazos y te insultan. Insultos y tiradas de pelo te lo hacen mientras pasás entre varios penitenciarios, a veces creo que se viene el “puente chino” pero no, te hacen pasar entre varios, te insultan, te empujan, te ponen el pié, te caes, te levantás, te dan un cachetazo en la nuca y te siguen insultando, es más el daño psicológico que físico, te sentís una basura”<sup>982</sup>.

Sin embargo y en contraste con la realidad descripta el art. 77 de la Ley 24.660 dispone que “*al personal penitenciario le está absolutamente prohibido emplear la fuerza en el*

---

<sup>981</sup> Del relevo que se efectuó se constataron lesiones gravísimas como pérdida de ojos, fracturas de miembros, pérdidas de piezas dentales, rotura de tímpanos, daños neuronales, pérdida de riñones<sup>981</sup>. Del total de las personas agredidas y lesionadas, el 60,1% expresó que no recibió ninguna atención médica por su lesión, mientras que el 36,4 % respondió que sí fue asistido médicamente por las lesiones padecidas<sup>981</sup>. De las 939 personas detenidas-encuestadas en cárceles federales, 601 sufrieron agresiones físicas, (el 64,3%). De las 601 personas que padecieron agresiones físicas, como consecuencia, 321 fueron lesionadas (el 53,4%). Si consideramos este 53,4 como el 100% de los lesionados/as, 151 (el 47%) personas padecieron lesiones severas.

<sup>982</sup> Informe Procuración Penitenciaria, Op. Cit pg. 167

*trato con los internos, excepto en los casos de fuga, evasión o de sus tentativas o de resistencia por la fuerza activa o pasiva a una orden basada en norma legal o reglamentaria. Aún en estos casos, todo exceso hará pasible al responsable de las sanciones administrativas y penales que correspondan*”<sup>983</sup>.

### **5.1) Sobrepoblación y Hacinamiento en las prisiones argentinas**

El sistema penitenciario argentino se encuentra colapsado desde hace ya muchos años, situación que persiste sin que se vislumbren aún transformaciones en este sentido. Cabe destacar aquí que, la gran mayoría de las personas privadas de libertad en las prisiones argentinas lo es en condición de detenidos preventivos, como hemos podido evidenciar en un capítulo anterior. La sobrepoblación y el hacinamiento asumen sin duda la forma de trato “inhumano y degradante”, provocan violencia, la violencia muerte y la muerte más violencia. Muros adentro, enfermedades de las más diversas afloran y se reproducen casi por generación espontánea, la salubridad y la higiene son una ilusión inalcanzable y, la dignidad no pasa de ser una palabra guardada en el baúl de los recuerdos. Varios son los factores que provocan esta situación, empezando por la falta de coherencia de una política criminal adecuada, ya que la respuesta a la superpoblación y el hacinamiento es la construcción de más prisiones para descomprimir el sistema- que incluye también a las comisarías- sin embargo, la construcción de más prisiones lo que provoca es que prontamente éstas se saturen, y así al infinito. BORDA, nos dice con razón: “Las prisiones que puedan alojar en condiciones dignas a los presos de hoy, no alcanzarán para alojar a los que el sistema indica que habrá mañana. Está claro que la decisión puede modificar la situación de las personas alojadas hoy en condiciones infrahumanas y claramente ilegítimas. Sin embargo, no se puede soslayar la inconsistencia y transitoriedad de esta solución. Aún sin desconocer la necesidad de modernizar las prisiones existentes en pos de garantizar condiciones dignas de encierro, debe rechazarse la construcción de nuevas cárceles como única respuesta al hacinamiento y la sobrepoblación”<sup>984</sup>.

Por otra parte, el dictado de condenas muy largas provocan una estadía más prolongada, a lo que debemos agregar a las personas privadas de libertad en calidad de procesados,

---

<sup>983</sup> Ley 24660 Ejecución de la Pena Privativa de Libertad.

<sup>984</sup> BORDA, R.: “Las políticas de privación de libertad” en *Derechos Humanos en Argentina Informe 2010*. CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2010 pg. 176

cifra, reiteramos, por demás alarmante en Argentina. Ha sostenido CARRANZA que solamente debería encerrarse al número de personas para las que exista una capacidad instalada<sup>985</sup>. Sin embargo, éste no parece ser el criterio que siguen las autoridades penitenciarias argentinas, por ejemplo, en un intento por frenar la sobrepoblación carcelaria, en noviembre de 2011 el Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires fijó el cupo de las unidades carcelarias de la provincia en 22.507 plazas y lo elevó transitoriamente a 25.000<sup>986</sup>. Pero veamos las cifras: Según informe del defensor del pueblo a diciembre del año 2011 la población penitenciaria en Provincia de Buenos Aires con carácter de procesados ascendía al 82,3%, situación que se repite en casi idénticos porcentajes en el resto del país<sup>987</sup>. La cárcel de la ciudad de Salta alojaba a diciembre del año 2011 a 1116 internos cuando su capacidad real es de 750. En la cárcel de Villa Devoto en Buenos Aires, una visita de la Defensoría del Pueblo pudo constatar que: “en pabellones que alojan a 254 internos hay tres duchas, las condiciones de los baños son inaceptables y los botes de basura con desperdicios a la vista genera no sólo olor pestilente, sino que además son un foco de contaminación. La sobrepoblación en los pabellones da por resultado una higiene escasa y la situación se agrava en verano por la falta de circulación de aire, La Unidad N° 3, por ejemplo, cuenta con capacidad de alojamiento de 383 varones, cuando en realidad se encuentran allí alojados 454”<sup>988</sup>.

En el año 2010 la provincia de Buenos Aires llegó a tener una tasa de encarcelamiento de 220 personas cada 100.000 habitantes. Esta tasa era una de las más altas de la región, sólo superada por Chile. Sin embargo, si se atiende no a la magnitud sino al incremento registrado en la tasa de prisionización, éste ha sido superior no sólo al de Chile sino inclusive al de los Estados Unidos de América<sup>989</sup>.

El Poder Judicial ha sido determinante para el incremento del nivel de prisionización en la Argentina. Las estadísticas judiciales, muestran que en los últimos años, aumentó el

---

<sup>985</sup> CARRANZA, E.: “Sobrepoblación penitenciaria en América latina y el Caribe. Situación y respuestas posibles” en VVAA *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles*. Ed. Siglo XXI, México, 2010, pg. 36

<sup>986</sup> BORDA, R.: “Las políticas...” Op. Cit, pg. 177

<sup>987</sup> MONDINO, E.: “Las cárceles de Argentina” *Informe defensoría del pueblo de la Nación Argentina*, Ed. PPA, Bs As, 2012, pg. 35

<sup>988</sup> El hacinamiento se reproduce en otras unidades. La N° 5 cuenta con capacidad para alojar 687 varones y 30 mujeres, pero se encuentran alojados 859 varones y 33 mujeres. • Otro caso paradigmático es el de la Unidad N° 25 de Régimen Semiabierto: si bien se encuentran allí 193 internos varones, la capacidad prevista es de 95.

<sup>989</sup> BORDA, R.- POL. L.: “Sobrepoblación y hacinamiento carcelario. La instrumentación del fallo Verbitsky y otras estrategias para solucionar el problema” en *Derechos Humanos en Argentina Informe Cels 2011* Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pg. 245

número de condenas penales por mayor tiempo y que éstas son cada vez más de cumplimiento efectivo y menos de ejecución condicional. En 1998, se registraron 4.311 sentencias condenatorias en la provincia, mientras que en 2010 fueron 13.249. En estas sentencias, es cada vez mayor la proporción de condenas a prisión o reclusión por más de cinco años, que pasaron del 10,6% en 1998 al 18,1% en 2010. Como contrapartida, las sentencias a prisión o reclusión por menos tiempo (hasta tres años) se redujeron del 80% al 62,2% en el mismo período. Adicionalmente, las sentencias son, cada vez en mayor proporción, condenas de cumplimiento efectivo: en 1998 era el 40,2% del total de las condenas, mientras que en 2011 llegó al 63,4%<sup>990</sup>.

En un contexto de sobrepoblación y hacinamiento carcelario resulta especialmente preocupante el incremento, en los últimos tiempos, de la privación de la libertad de ciertos grupos que merecen especial consideración, como las mujeres embarazadas y con hijos pequeños. De acuerdo con este informe, en la Unidad N° 33, donde está alojado casi el 90% de las mujeres con hijos en prisión, el 96% está procesado. El 40% de ellas lo está por delitos contra la propiedad, el 31% por tenencia y comercialización de estupefacientes y el 23% por delitos contra la vida. El tiempo de detención promedio de las mujeres embarazadas y con hijos que se encuentran procesadas, es de un año y ocho meses.

## **6) Violencia en las prisiones argentinas. Los motines**

La superpoblación, el hacinamiento, y la violencia contenida, conforman un cóctel explosivo.

La problemática apuntada es histórica, podríamos decir, endémica, y ha provocado la muerte de cientos de personas alojadas en las unidades penitenciarias de los sistemas nacional y provincial. A modo de ejemplo, es preciso recordar que en 1978 se produjo en la cárcel de Devoto el llamado “Motín de los colchones”, donde murieron por asfixia y quemaduras 60 internos y otros 85 resultaron heridos. Doce años más tarde, en el penal de Olmos (Bs. As) murieron 35 detenidos. En marzo de 1996, se produjo el motín de la cárcel de Sierra Chica, en el partido bonaerense de Olavarría, que se prolongó por ocho días y resultó el más largo de la historia carcelaria argentina, cobrándose la vida de

---

<sup>990</sup> BORDA, R.- POL. L., KLETZEL, G., SAPOZNIK, D.: “La situación carcelaria. Una deuda de nuestra democracia”, en *Derechos Humanos en Argentina, Informe Cels* 2011. Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012 pg. 153

ocho internos, víctimas de otro grupo de presos (autodenominados “Los doce apóstoles”). Además, este motín se destacó por su violencia explícita, al ser quemados los cuerpos de siete de las víctimas en el horno de la unidad penitenciaria.

Durante el año 2005, se produjeron tres motines carcelarios de importancia. El primero de ellos el 10 de febrero en la cárcel del barrio San Martín de la ciudad de Córdoba. Murieron cinco presos, dos guardias y un policía. En el mes de abril del mismo año, en la cárcel de Coronda, Santa Fe, un grupo de presos tomó el control de varios pabellones de la cárcel por casi diez horas, durante las cuales 14 detenidos fueron asesinados. Asimismo, en la Unidad Penitenciaria N° 28 de la localidad de Magdalena, Provincia de Buenos Aires, durante la noche del 15 al 16 de octubre de 2005 y presuntamente tras una pelea entre presos, en el pabellón 16, murieron 33 internos asfixiados<sup>991</sup>.

Especial referencia merece el motín de Coronda, ha sido uno de los más sangrientos de la historia carcelaria argentina, los presos murieron degollados e incinerados en manos de sus compañeros. El motín se desencadenó en la apacible localidad santafecina del mismo nombre durante el mes de Abril de 2005, el saldo fue de 14 presos muertos en una reyerta entre “bandos opuestos”, su origen espurio (esto es, la connivencia del personal penitenciario) quedó en evidencia. Así, uno de los guardias declaró que “Lo extraño es que no se había sentido ruido de rotura de candados y agregó que un preso apareció con dos facas<sup>992</sup> de unos 50cm. cada una y yo, por instinto natural, agarré una silla de plástico y comencé a pelear. Él seguía avanzando y me agujereaba la silla. Los presos me hicieron abrir cada una de las celdas, y tenían una lista con la que empezaron a buscar a sus víctimas, entraban y se sentían los gritos de desesperación, era una carnicería. Cuando estuve internado me visitó un alcalde, quién en privado me pidió que falseara algunos detalles de mi declaración”<sup>993</sup>.

Uno de los últimos motines ocurrió en la prisión de la ciudad de Santiago del Estero, la prisión volvió a hacer carne su infierno en Noviembre de 2007. El 65% de las personas alojadas allí revestían el carácter de procesados, el penal tiene una capacidad para 180 presos y albergaba a 465<sup>994</sup>. Literalmente los pabellones de esa prisión ardían con

---

<sup>991</sup>MONDINO, E.: Op. Cit, pg. 14

<sup>992</sup> Elemento cortante de fabricación manual, similar a un puñal.

<sup>993</sup> Declaraciones extraídas de la nota efectuada por Salvador Sales para el diario “El Clarín” (Bs. As) del día viernes 13 de Mayo de 2005.

<sup>994</sup> La Masacre de Santiago de Estero: [http://www.lorci.org/breve.php?id\\_breve=79](http://www.lorci.org/breve.php?id_breve=79)

personas adentro, “las paredes hierven, el hedor es tremendo”<sup>995</sup> son las palabras con que se ilustró muy gráficamente una de las situaciones de violencia y muerte más oscuras de la historia carcelaria argentina. Las víctimas, según cifras oficiales, ascendieron a 39, todas ellas murieron carbonizadas, por un presunto intento de fuga, según escuetamente informaron desde la secretaría de seguridad santiagueña<sup>996</sup>.

La violencia mantiene con vida a la prisión, no obstante es necesario no perder de vista que ésta no es más que el reflejo de una crisis generalizada. Es el sistema penal el que está enfermo de prisión.

Adherimos en un todo a SANPEDRO quien ha afirmado con absoluta razón, que el sistema penitenciario argentino produce vergüenza; tenemos verdaderas cloacas, máquinas cénicas como hornos crematorios que mantienen cadáveres vivos sufrientes<sup>997</sup>, sin embargo, cuando ocurren hechos de la naturaleza descripta aquí, esos cadáveres vivos se encuentran con la muerte, muerte que ya no es solamente una metáfora.

## **7) Actuación de la Justicia en el ámbito nacional. Jurisprudencia**

Toda la gravísima situación violatoria de derechos humanos descripta hasta aquí, llevó a que se interpusieran innumerables recursos y acciones.

Uno de los fallos más trascendentes por su contenido y resolución, ha sido el que se conoce con el nombre de “Caso Verbistky”<sup>998</sup>, acción interpuesta por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), ante la situación insostenible de personas privadas de libertad en comisarias de la provincia de Buenos Aires.

La acción de Habeas Corpus interpuesta expresaba “(...) *la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad es la nota distintiva de las 340 comisarias que funcionan en el territorio de la provincia de Buenos Aires. No obstante poseer una capacidad para 3178 detenidos, alojan 6364,*

---

<sup>995</sup> El Periódico de Catalunya

Internacional [http://www.elperiodico.com/default.asp?idpublicacio\\_PK=46&idioma=CAS&idnoticia\\_PK=456222&idseccio\\_PK=1007](http://www.elperiodico.com/default.asp?idpublicacio_PK=46&idioma=CAS&idnoticia_PK=456222&idseccio_PK=1007)

<sup>996</sup> Diario Clarín: “La masacre de Santiago” en <http://www.clarin.com/diario/2007/11/05/um/m-01534003.htm>

<sup>997</sup> SANPEDRO, J. A.: “La cárcel hoy y mañana en Chile, Colombia, España y Perú”; *Jornada Criminológica- Penitenciaria*; San Sebastián, Marzo, 1998; pg 3

<sup>998</sup> Condiciones de detención en cárceles y comisarias de la Provincia de Bs. As. Habeas Corpus del CELS. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de mayo de 2005. Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbistky, Horacio s/ habeas corpus. Disponible en <http://www.csjn.gov.ar/>

*según información del mes de octubre de 2001. La situación se agrava en el conurbano, donde 5080 detenidos ocupan 2068 plazas. Los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen por lo general de ventilación y luz natural. La humedad y el calor en verano son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los reclusos. El riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas es, sin dudas, mucho mayor y el aumento de casos de violencia física y sexual entre los propios internos es más que significativo”.*

Luego de haber agotado las instancias anteriores<sup>999</sup>, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, habiendo transcurrido tres años de la primera interposición. Ante la Corte, el CELS dijo: *“Que en los tres años transcurridos, la situación descripta por la acción originaria no sólo no se había modificado, sino que se había incrementado (...) mencionó que la cantidad de personas privadas de su libertad por la justicia provincial había crecido de 23.264 en noviembre del año 2001 a 30.414 para el mismo mes del año 2004, lo que implicaba un incremento del 31% en el término de tres años (y que) continuaban detenidas en comisarias 5441 personas a julio del pasado año”.* Recalcó que *“la cantidad de personas alojadas en las dependencias penitenciarias provinciales excedía en más del 30% la capacidad máxima prevista, llegando incluso (...) al 50% de superpoblación (...) el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia”*, y concluyó, que *“si bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia”.*

Este caso se constituyó en un “leading case” toda vez que la Corte Suprema de Justicia tuvo que pronunciarse por primera vez sobre un habeas corpus colectivo, como bien lo ha sostenido MÁRQUEZ “(...) entró en juego la vieja discusión referida a los límites de las potestades jurisdiccionales del Poder Judicial y la antigua doctrina de las cuestiones

---

<sup>999</sup> El proceso se inició con la interposición por parte del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el 15/11/2001, de una acción de hábeas corpus colectivo, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. La acción fue rechazada tanto por el Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires primero, como por la Suprema Corte de esa provincia después. En 2004 el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación



políticas no judiciales. En concreto, se cuestionaba la facultad de la Corte para dictar una sentencia genérica, con alcance colectivo, que resolviera de manera general el problema de la superpoblación carcelaria y de las condiciones de encarcelamiento, sin que ello supusiera un avasallamiento del Tribunal en facultades de administración propias de otros poderes del Estado”<sup>1000</sup>.

Se ponían en juego las facultades de la Corte Suprema de la Nación vedada para resolver cuestiones políticas no judiciales, sin embargo, la Corte sostuvo que “*a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciales, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias*”<sup>1001</sup>. La Corte ha sostenido en ese fallo que no valora el diseño de políticas correspondientes a los demás poderes del Estado, salvo que aquellas lesionaran “*clara y decididamente*” derechos garantizados por la Constitución, caso en el cual corresponde a la Corte y en ejercicio de sus facultades específicas y exclusivas, “*invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona*”. Y en su parte resolutive dispone: “*Que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención. Que la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos. Instruye a la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. Ordena al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena*

---

<sup>1000</sup> MARQUEZ I., “El caso Verbistky” disponible en [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

<sup>1001</sup> Ibidem 980

*menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada. Dispone que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires le informe las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia, y Exhorta a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. Encomienda al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curie, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados*<sup>1002</sup>

El fallo de mención ha sido ejemplar en todas sus partes. Sin embargo la situación fáctica con el transcurso de los años no ha cambiado.

### **7.1) Intervención de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso “Cárceles de Mendoza”**

La situación carcelaria mendocina hizo explosión en el año 2004, después de que en una de sus unidades se produjeran 16 muertos en un año, el último de ellos eviscerado y luego descuartizado, “con una muestra de violencia inusitada; con fugados, heridos y condiciones infrahumanas, tales como falta de agua, de baños, encierros prolongados en celdas reducidas en las que los internos conviven con sus propios excrementos, hacinamiento, focos infecciosos producidos por ratas y sarna”<sup>1003</sup>.

El complejo penitenciario mendocino se encuentra constituido por la Penitenciaría Provincial, ubicada en el centro de la ciudad de Mendoza, alberga a más de 2000 procesados y condenados, tanto en sede provincial como federal; la cárcel de encausados de San Rafael, que alberga a procesados y condenados, tanto en sede provincial como federal, y la unidad Gustavo André, de Lavalle, de carácter rural, en la cual residen los condenados en último tramo de encarcelamiento.

---

<sup>1002</sup> Ibidem 980

<sup>1003</sup> SALINAS P.: *La Crisis de los Sistemas Penitenciarios. Cárcel de Mendoza. Paradigma de un atropello*. Ed. APPDH, La Plata, 2005, pg. 15

En el año 2004 ante una situación descrita por la misma corte mendocina como “chiquero humano”<sup>1004</sup>, organismos de derechos humanos incluida Amnistía Internacional, hicieron una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el 14 de Octubre de ese mismo año, la Comisión, dio intervención a la Corte Interamericana, con el propósito de que, “*inter alia*, el Estado de Argentina proteja la vida e integridad personal “de las personas reclusas en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como las de todas las personas que ingresen a tales centros carcelarios, entre ellas los empleados y funcionarios que presten sus servicios en dichos lugares. Allí mismo se deja constancia que<sup>1005</sup>: según testimonios escritos preparados por los internos en el mes de septiembre de 2004, las condiciones de vida en que estos se encuentran reclusos son deplorables y “convierten en degradante su calidad de vida”, ya que: en algunos casos hasta seis detenidos comparten una celda de dos metros cuadrados con una cama, sin luz natural o aire fresco; no hay acceso a servicios sanitarios o duchas, y muchos de los detenidos sufren de enfermedades relacionadas con la falta de higiene, no hay baños en el interior de los pabellones; los internos tienen que realizar sus necesidades fisiológicas en bolsas de nylon y/o en botellas de plástico; los excrementos son arrojados al aire libre contaminando el ambiente; hace falta agua; las autoridades no desinfectan las celdas, las cuales se encuentran llenas de “chinchas, piojos, hongos y sarna”; las autoridades no desinfectan los pisos del lugar en donde se bañan los internos, y los internos tienen que comer, defecar y orinar en el mismo lugar donde se encuentran encerrados. Los internos no acceden a ningún tipo de trabajo o tarea de resocialización, ni pueden asistir a la escuela o a los oficios religiosos; no hay separación entre condenados y procesados. Antes de que el caso llegara a la Corte, la Comisión había dictado una serie de medidas cautelares para la protección de las personas detenidas en condiciones inhumanas, a pesar de ello, continuaron produciéndose hechos de violencia y muertes, por lo que la Corte una vez llegado el caso a sus manos resolvió que “*una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurar a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención*” Que para garantizar

---

<sup>1004</sup> “ Situación insostenible de las cárceles mendocinas”, disponible en versión web de Diario Clarín: <http://www.servicios.clarin.com/notas/jsp/clarin/v8/notas/imprimir.jsp?pagid=1363039>

<sup>1005</sup> Caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución de la Corte de 22 de noviembre de 2004, Corte I.D.H. (Ser. E) (2004). Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/>

efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Como lo ha dicho la Corte, tal obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares. En las circunstancias del presente caso, la Comisión alega que varias personas privadas de libertad han resultado muertas y heridas en riñas ocurridas entre internos. Requerir al Estado que, como una medida de protección adecuada a la presente situación, investigue los hechos que motivan la adopción de estas medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes<sup>1006</sup>.

No obstante haber intervenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la situación penitenciaria en Mendoza no ha cambiado, tanto es así, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación intimó al Estado nacional a que adopte las medidas de seguridad destinadas a proteger la integridad de los internos. Esta intimación se produjo el 16 de Febrero de 2007, cuando en el término de dos años, desde la intervención de la Comisión Interamericana, se produjeron 12 muertes más<sup>1007</sup>

En el año 2012, solamente durante un período de 8 meses, los presos apuñalados en el penal de San Felipe, ascendieron a 6, en dos ocasiones fueron tomados como rehenes guardiacárceles, tras un intento de fuga<sup>1008</sup>. Es decir, el panorama es, al menos, poco alentador.

## 8) Otros casos

El 5 de Mayo de 1990, 35 personas murieron en el Penal de Olmos, provincia de Bs. As. Con motivo de ese hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente ha dicho que la manda del art. 18 de la C.N. tiene contenido operativo y como tal impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral. Así *“la seguridad, como deber primario del Estado,*

---

<sup>1006</sup> Ibidem 981

<sup>1007</sup> “Las cárceles mendocinas sin cambios”, disponible en la versión web de Diario Clarín, 14/02/2007: <http://www.clarin.com/diario/2007/02/14/politicas/g-05001.htm>

<sup>1008</sup> “Revolta de presos complica la situación de las cárceles en Mendoza” disponible en la versión web de Diario Los Andes, 10/01/2012: <http://losandes.com.ar/notas/2012/1/10/revueltas-presos-complican-situacion-carceles-mendoza-617503.asp>

*no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario*". En dicho reclamo por daños y perjuicios que los familiares habían iniciado contra la Provincia de Buenos Aires, el alto tribunal reconoció la responsabilidad del Estado, aún cuando fuese admitida la participación de los internos en la producción del siniestro, ya que *"ello constituiría una eventualidad previsible en el régimen penal, que pudo evitarse si aquél se hubiera encontrado en las condiciones apropiadas para el cumplimiento de sus fines"*, ya que esas condiciones inhumanas son las que en definitiva ocasionan los motines<sup>1009</sup>.

### **9)-Situación en España.**

España es uno de los países de la UE con menor índice de criminalidad (alrededor de 45 delitos por cada 1.000 habitantes) y, sin embargo, tiene una de las mayores tasas de encarcelamiento de la eurozona. La tasa de encarcelamiento en España a Diciembre de 2012, era de 159.7 por cada 100.000 habitantes,<sup>1010 1011</sup> la más alta de la comunidad europea. "Tenemos una política criminal muy inducida por los medios de comunicación social y la opinión pública. Se legisla sin acudir a las estadísticas ni a los análisis sociológicos, se hace en función de intereses electorales y de una política claramente populista", dice DIEZ RIPOLLÉS, para quien "los delitos patrimoniales, que en otros países se resuelven con penas diferentes a la de prisión, o menos largas, aquí se castigan con mucha dureza", una idea en la que coincide el también catedrático de Derecho Penal RODRIGUEZ RAMOS, para quien la presión social y mediática ha conseguido que no se concedan beneficios penitenciarios<sup>1012</sup> condiciones que sin duda, han inducido a que la tasa de encarcelamiento, siga siendo elevada.

Ahora bien, es menester tener presente aquí que la política penitenciaria española está dirigida a la construcción de las llamadas "macrocarceles", enormes moles edilicias alejadas de las ciudades y destinadas a descomprimir las prisiones tradicionales con

---

<sup>1009</sup> MOSCATO, C., "Los Derechos de las personas privadas de libertad. Jurisprudencia". Disponible en [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

<sup>1010</sup> Vid.: <http://www.iipp.es/web/portal/documentos/estadisticas.html>

<sup>1011</sup> Vid.: <http://www.iipp.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2012&mm=12&tm=GENE&tm2=GENE>

<sup>1012</sup> Vid [http://www.tiempodehoy.com/default.asp?idpublicacio\\_PK=50&idioma=CAS&idnoticia\\_PK=47300&ids eccion\\_PK=612&h=](http://www.tiempodehoy.com/default.asp?idpublicacio_PK=50&idioma=CAS&idnoticia_PK=47300&ids eccion_PK=612&h=)

grandes inversiones económicas, sin embargo, el lógico cuestionamiento es si una mole inerte, alejada de todo y de todos puede generar alguna sensación de integración y aquí no pueden haber dilaciones, es claro que una visión humanizadora no puede fundirse en el cemento de una prisión, sino que por el contrario, la macrocárcel significa la confirmación definitiva de que el objetivo es sencillamente castigar, aparcas y separar de la sociedad durante el máximo tiempo posible a los que en ella entran<sup>1013</sup>.

Ya concretamente y en referencia a la normativa acerca de la tortura, los tratos crueles y degradantes, la Ley Orgánica Penitenciaria Española (LOGP) prevé el supuesto del uso de medios coercitivos. Los supuestos de empleo de este tipo de medios están limitados a los casos enumerados por el art. 45.1 de la LOGP: *a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos, b) Para impedir daños de los internos a sí mismos, o a otras personas o cosas y c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.* Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios se comunicará inmediatamente al director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de vigilancia. El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y solo subsistirá el tiempo estrictamente necesario. En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego.<sup>1014</sup> El uso de medios coercitivos fuera de los supuestos legalmente previstos conllevaría la tipificación penal<sup>1015</sup> rigor innecesario<sup>1016</sup>, malos tratos<sup>1017</sup> o tortura<sup>1018</sup>

---

<sup>1013</sup>Vid al respecto “Las macro cárceles en España”. Asociación pro derechos humanos de Andalucía. [http://www.apdha.org/index.php?Itemid=63&id=350&option=com\\_content&task=view](http://www.apdha.org/index.php?Itemid=63&id=350&option=com_content&task=view)

<sup>1014</sup> Vid al respecto: Reglamentación para el uso de armas en las prisiones españolas, disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo1-1979.t2.html#c4](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo1-1979.t2.html#c4)

<sup>1015</sup> BARRIOS FLORES, F.: “El empleo de medios correctivos en prisión” en *Revista de Estudios penitenciarios* N° 253, Madrid, 2007, pg. 67

<sup>1016</sup> Artículo 533 Código Penal: “El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

<sup>1017</sup> Art. 617.2 Código Penal: “El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días”.

<sup>1018</sup> Artículo 174 Código Penal: “1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años.

Es decir que la ley permite en “ciertos casos” y ante determinadas situaciones, el uso de “medios coercitivos”, legaliza el uso de la fuerza, pero la realidad que abordaremos enseguida nos demuestra que las violaciones a los derechos humanos de los privados de libertad en las cárceles españolas constituyen una ilegalidad, lo que ha generado preocupación y alarma en diferentes ONGs y organismos internacionales, aunque la mayoría de ellos han coincidido en señalar que las torturas y los tratos inhumanos, crueles y degradantes, no constituyen una práctica habitual.

### **8-1) Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes**

El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante C.P.T.) del Consejo de Europa hizo público en Abril de 2013 su informe: *Visita al Estado español entre el 31 de Mayo y el 11 de Junio de 2011: torturas en incomunicación en las prisiones, hacinamiento, incumplimiento de obligaciones internacionales*<sup>1019</sup>. Dicho informe afirma:

“En los otros centros visitados se tomó nota de declaraciones sobre maltrato llevadas a cabo por los trabajadores de la prisión. Los malos tratos consistían en puñetazos y patadas y concernían principalmente a los presos que habían sido trasladados o alojados en unidades especiales. La situación en el centro Puerto III era especialmente preocupante. Existía una tensión en el centro claramente palpable y varios presos con los que se entrevistó la delegación del CPT manifestaron su miedo a recibir represalias por parte del personal por el hecho de hablar con la delegación. Los reclusos a los que la delegación visitó en casi todos los módulos declararon haber sufrido malos tratos por parte del personal, que al parecer tenían lugar en salas adyacentes a la zona de consulta

---

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior”.

<sup>1019</sup> Este informe ha sido publicado el 30 de Abril de 2013, con peticiones concretas al Estado español a los efectos de que haga cesar las graves situaciones violatorias de derechos humanos que allí constan. La visita a distintos centros dependientes del Ministerio del Interior de España: Policía Nacional, Guardia Civil, Establecimientos penitenciarios, Centro penitenciario de Córdoba Centro penitenciario Madrid IV (Navalcarnero) Centro penitenciario Nanclares de Oca Centro penitenciario Puerto III de Cádiz Centro penitenciario Madrid V (Soto del Real) - Centro penitenciario Madrid II (Alcalá-Meco- hombres) centros de detención para ciudadanos extranjeros. Establecimientos dependientes del Gobierno autónomo del país vasco y de establecimientos dependientes del gobierno autonómico de Cataluña, se organizó dentro del marco de las visitas periódicas para el año 2011 de conformidad con el art. 7 del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o tratos inhumanos o degradantes.: Vid:” Informe Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, y de las penas o tratos inhumanos o degradantes 2011” disponible en: <http://www.ub.edu/ospdh/imagenes/INFORME%20CPT%20EUROPEO%202013.pdf>

médica en la planta baja de cada módulo (única zona donde no existen circuitos cerrados de televisión). En el módulo especial (módulo 15) el maltrato parece que era un asunto particularmente problemático, especialmente durante la noche, con respecto a los reclusos que se encontraban en régimen de aislamiento por motivos disciplinarios o que se consideraba que no podían llevar una vida comunitaria: Por ejemplo: Un recluso al que la delegación visitó en el módulo 15, afirmó que el 20 de abril de 2011 tras una visita de su familia el funcionario de prisiones le acusó de estar en posesión de drogas y le obligó a hacer varias flexiones. Comentó que debido a su negativa el funcionario le dio varios puñetazos y tras esto fue llevado a la enfermería donde, según el registro, fue atado a una cama desde las 6 hasta las 10, 45 horas (contención por motivos médicos) y se le introdujo un catéter en el pene para obtener una muestra de orina. Tras esto el funcionario le pidió a la enfermera que le retirara el catéter ya que el preso estaba orinando sangre. Éste fue llevado de nuevo al módulo 15 donde afirma le propinaron puñetazos y patadas y se le sujetó a una cama desde las 17, 30 hasta las 10 horas de la mañana siguiente (contención según reglamento interno) Comentó que mientras estaba sujeto a la cama un funcionario le propinó puñetazos rápidamente<sup>1020</sup>.

El Comité contra la tortura en su informe expresó que “está especialmente preocupado por el hecho de que un prisionero fuera atado en la enfermería de la prisión con la participación activa de personal sanitario y que se llevara a cabo a la fuerza un procedimiento humillante y potencialmente dañino para obtener una muestra de orina. Esta medida supone una clara violación de la ética médica y podría suponer un trato degradante e inhumano”<sup>1021</sup>.

Especial mención hizo el CPT respecto de los denominados medios coercitivos: Uno de los puntos principales de la visita de 2011 respecto a los centros penitenciarios en Cataluña era el tema de los medios coercitivos, en particular la inmovilización. El recurso a la inmovilización en un entorno que no sea médico (es decir, a lo que se denomina inmovilización establecida reglamentariamente para casos particulares) se estudió también en las prisiones visitadas que dependen de la autoridad del Ministerio del Interior de España. La delegación observó que las recomendaciones que el CPT había realizado en su informe de la visita de 2007<sup>1022</sup> no habían sido aplicadas por

---

<sup>1020</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura... Op. Cit. pg. 29

<sup>1021</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura... Op. Cit. Pg. 30

<sup>1022</sup> Dicha visita fue efectuada entre el 19 de Septiembre y el 1 de Octubre de 2007, Vid: “Informe del Comité Europeo para la Prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, 2007”. Disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2011-12-inf-esp.pdf>



completo y que de nuevo, antes de recurrir a la inmovilización, no se habían agotado otros medios para conseguir el objetivo deseado. Es más, la inmovilización se llevaba frecuentemente a cabo durante largos períodos sin que ésta estuviera acompañada de una adecuada supervisión. Sin embargo, en el Módulo 15 del Centro Penitenciario de Córdoba, la delegación observó que se ataba a los presos a un bloque de cemento sobre el cual había un fino colchón, sujetando las muñecas y tobillos con esposas de metal a unos aros situados a los lados del bloque. La sala, conocida tanto por el personal como por los presos como “la piedra” había adquirido una angustiosa fama como lugar de castigo”<sup>1023</sup>. La delegación del CPT invocó el art. 8, apartado 5 de la Convención e inmediatamente se pronunció sobre la situación reclamando que las autoridades españolas dejaran de utilizar el bloque de cemento en cuestión, así como que se debía recordar a todo el personal de prisiones que las esposas no debían utilizarse para sujetar a los reclusos a una cama. “Tal como se indicó, continúan la preocupación del CPT respecto a la frecuencia y duración de la medida de inmovilización. Por ejemplo, en el Centro Penitenciario Puerto III, se registraron 36 casos en los que se recurrió a esta técnica durante los cinco primeros meses de 2011. Es más, en 17 de estos casos, se había mantenido atado a un preso durante toda la noche. Por ejemplo, el 8 de abril de 2011, en el Centro Penitenciario Puerto III, se mantuvo inmovilizada a una reclusa durante 21 horas y tras un descanso de 9 horas, otras 14 horas más al día siguiente. La mujer declaró que durante el período en que estuvo inmovilizada no se le permitió realizar sus necesidades, por lo que orinó su ropa. Según el expediente médico, ningún miembro del equipo médico la visitó en todo el tiempo que duró la medida”<sup>1024</sup>.

El Comité expresó profunda preocupación por esta situación fáctica, especialmente porque varios de los reclusos que habían sido objeto de la medida de sujeción mostraban claros signos de trastornos mentales<sup>1025</sup>. Así, expresa el informe: Por ejemplo, otro preso con el que nos reunimos en el Centro penitenciario Puerto III había sido inmovilizado en el Módulo 15 desde las 13:05 del 1 de septiembre 2010 hasta las 17:30 horas del 2 de septiembre (en total 28 horas y media). No consta en ningún sitio que algún miembro del equipo médico comprobara el estado de esta persona en todo el tiempo que duró la medida. Es más, justo antes de ser trasladado de Centro penitenciario de Salamanca a Puerto III había sido inmovilizado durante 58 horas

---

<sup>1023</sup> Vid. “Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura...” Op. Cit. Pg. 35

<sup>1024</sup> Vid. “Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura...” Op. Cit. Pg. 35

<sup>1025</sup> Vid. “Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura...” Op. Cit. Pg 36

interrumpidas (desde el 14 al 17 de agosto de 2010). El Juez de Instrucción nº 5 de Castilla y León estimó que la medida, incluida la duración, era “adecuada” como medio para evita cualquier tipo de acto violento por parte del recluso. El expediente médico del recluso mostraba que se le había descrito como un paciente con un “grave trastorno de personalidad”<sup>1026</sup>.

Si a la inmovilización se agrega el aislamiento, la situación sin duda es doblemente agravante, así el Comité dejó constancia a modo de ejemplo, que en el Centro Penitenciario de Puerto III, un preso, había sido inmovilizado en varias ocasiones debido a su alterado estado y tendencia autolesionarse y que también había comenzado una huelga de hambre, mostraba claros síntomas de padecer problemas mentales y agresividad hacia el personal de la prisión.

Afirmó a la delegación que durante su huelga de hambre había comido cristal de la ventana de su celda y que había sido inmovilizado por ello. En el informe médico quedaba reflejado que se le habían suministrado laxantes tras observar que había ingerido cristal durante su huelga de hambre. Sin embargo, durante su estancia en el centro Puerto III no fue nunca examinado por un psiquiatra y no se intentó determinar si el aislamiento prolongado en una unidad especial deterioraba más su salud mental<sup>1027</sup>

El Comité recomendó al Estado español que debería recurrir a la inmovilización únicamente como último recurso para evitar la posibilidad de que un sujeto se dañe o dañe a otros y solo cuando todas las otras opciones admitidas no sirvieran para que se evitaran estos riesgos de manera satisfactoria. La medida solo se debería llevar a cabo en un contexto médico (es decir, en el centro médico del establecimiento penitenciario) y no se debería usar como modo de castigo o para compensarla falta de personal cualificado. A la luz de las observaciones arriba realizadas, el CPT recomienda que las autoridades españolas tomen las medidas necesarias para revisar por completo el recurso de la inmovilización<sup>1028</sup>.

Sobre la atención psiquiátrica, constataron que “En lo que concierne a la atención psiquiátrica, la delegación observó que ésta era limitada en todos los centros penitenciarios visitados. En Madrid IV un psiquiatra particular visitaba el centro dos veces al mes mientras que en Puerto III un psiquiatra realizaba visitas sólo una vez al mes. Para una población reclusa de más de 1 650 presos, de los cuales varios mostraban

---

<sup>1026</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura... Op. Cit. Pg.36

<sup>1027</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura... Op. Cit. Pg. 38

<sup>1028</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura... Op. Cit. Pg.37

claros síntomas de desórdenes mentales, un número de visitas tan escaso es completamente inadecuado. Por ejemplo, un recluso que, según su informe médico mostraba claros síntomas de trastornos psiquiátricos, no había sido visto nunca por un psiquiatra desde que éste había ingresado en Puerto III en julio de 2010. Durante ese período el preso no sólo había sido ubicado en una unidad de régimen cerrado sino que había pasado siete meses en régimen de aislamiento. A pesar del claro peligro que podía suponer un largo período en régimen de aislamiento ya que la salud mental del preso podía deteriorarse todavía más, no se había llevado a cabo ninguna entrevista con el psiquiatra<sup>1029</sup>

El deterioro de la cárcel La Modelo de Barcelona llevó a un seguimiento especial en junio de 2012. Ahora, Europa insta a España a poner en marcha una estrategia y calendario de plazos para reducir el hacinamiento y evitar que se reproduzcan los posibles casos de abusos. En particular, los delegados cuestionan la muerte de un interno en septiembre de 2011. Falleció atado a la cama boca abajo (práctica de la sujeción mecánica de los presos) en lo que los informes califican de muerte natural. Los técnicos se preguntan cómo puede tacharse de fallecimiento natural si murió inmovilizado, o cómo pueden alegar la alteración y agitación del interno antes del fallecimiento si horas antes le habían dado tranquilizantes. El Comité, muy duro con este caso, pide una copia de informes médicos - el toxicológico, entre otros- y recomiendan revisar el caso<sup>1030</sup>. Otro interno afirmó que un funcionario de prisiones en concreto (contra el que se habían recibido numerosas acusaciones de malos tratos) le había abofeteado la cara y le había propinado patadas en la ingle después de que el preso protestara porque el primero había arrancado la foto de la mujer de la pared de la celda. El penado dijo que temía represalias y por esa razón no presentó ninguna queja<sup>1031</sup>.

El CPT vuelve a recomendar a las autoridades catalanas que dejen claro a todo el personal de prisión que cualquier forma de malos tratos, incluidos los abusos verbales, no será aceptada y será objeto de duras sanciones. Más concretamente, los funcionarios de prisiones deberán ser plenamente conscientes de que no se debe emplear más fuerza que la estrictamente necesaria para reducir a los reclusos violentos y/o reacios a cumplir las órdenes y que, una vez puestos bajo control, no hay razón que se les pegue

---

<sup>1029</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura...Op. Cit. pg. 39

<sup>1030</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura...Op. Cit. pg 60

<sup>1031</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura...Op. Cit. pg 60

## 9) Cupos carcelarios en España

El informe del CPT acerca de la capacidad carcelaria española, recordemos que aunque publicado en 2013, corresponde al año 2011, dice lo siguiente: Durante varios años el sistema penitenciario en España se ha visto afectado por una importante masificación. Las autoridades españolas han invertido un número de fondos considerable para abordar este tema, en particular construyendo nuevos centros penitenciarios. En el momento de la visita del CPT de 2011 el número de presos en España (excluyendo Cataluña) ascendía a 62300 para una capacidad oficial de 55 421 (con una tasa de ocupación de 112%). A pesar de que se ha dado un aumento en la población reclusa de un 9% desde esa visita, esto supone una mejora respecto a la situación que se había observado en 2007 (cuando la tasa de ocupación en las prisiones alcanzaba un 143%). Las autoridades españolas informaron al CPT que pretendían abordar el problema de la masificación en las prisiones creando 18000 plazas más (9000 celdas dobles) en los próximos años, concentrándose en la construcción de grandes centros penitenciarios. Sin embargo, el CPT opina que con el objetivo de ofrecer una solución duradera al problema de la masificación, las autoridades deberían dedicar más esfuerzos para promover sanciones alternativas<sup>1032</sup>.

A Diciembre de 2011, según datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, los 70 centros penitenciarios que administra albergaban a 60.025 reclusos (de los que uno de cada tres no era de nacionalidad española). Cifras a las que hay que sumar los 14 centros que dependen de la Administración de Cataluña (que tiene transferidas las competencias), en los que estaban reclusos 10.488 delincuentes.

En Junio del año 2012, la CPT realizó una nueva visita, concretamente a la prisión “La Modelo” de Barcelona, donde constató que con una capacidad oficial de 1100 plazas, la prisión, en el momento de la visita, acogía a 1781 presos y señala que en numerosos informes de visitas anteriores a España, que se remontan al año 1994, el CPT ha subrayado los efectos perniciosos de los altos niveles de masificación sobre las condiciones de detención de los presos de La Modelo. Tal y como el Comité ha indicado, la masificación carcelaria entraña: alojamientos incómodos y poco higiénicos; continua falta de intimidad (incluso durante el uso de las instalaciones sanitarias); escasas oportunidades de empleo, formación y actividades fuera de las celdas, ya que la

---

<sup>1032</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura... Op. Cit. pg. 28

demanda sobrepasa al personal y las instalaciones disponibles; sobrecarga de los servicios de atención médica; aumento de la tensión e incluso de la violencia entre presos, así como entre éstos y el personal de la cárcel<sup>1033</sup>.

Se ha planificado la construcción de 7 nuevas cárceles en Cataluña, “Cuando se acaben de construir las siete nuevas cárceles que ha previsto la Generalitat, al iniciarse el año 2013, el número de reclusos superará los 10.000, por lo que los nuevos centros ya estarán llenos. Con todo, las condiciones de vida no serán las mismas. Habrá una media de un preso y medio por celda, y ahora se hacinan seis en muchas galerías de la Modelo de Barcelona y cinco en la cárcel de Tarragona. La Ley Penitenciaria, la primera que se aprobó en democracia, fija un preso por celda. Las cárceles en construcción prevén que haya dos”<sup>1034 1035</sup>

A Diciembre de 2012 la cifra de población reclusa en España fue de 68.597 personas, a la que hay que sumar a los que dependen de la Administración de Cataluña, cuya cifra ascendía a: 10.041. Asimismo la tasa de extranjeros en prisión se elevaba a: 22.893 reclusos en el ámbito de la administración nacional española, en tanto que en Cataluña la cifra ascendía a 4.547. En centros como el de Córdoba, Algeciras o el de Soto del Real, en Madrid, contruidos para acoger en torno a 1.000 reclusos viven 1.700, 1.612 y 1.763 respectivamente<sup>1036</sup>.

### **8.3)- Torturas, tratos inhumanos, crueles y degradantes. Los relatos**

En el régimen penitenciario español, coexisten las disposiciones que regulan el régimen cerrado<sup>1037</sup> y las que regulan el Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES<sup>1038</sup>),

---

<sup>1033</sup> Vid. Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-08-inf-esp.pdf>, pg. 3

<sup>1034</sup> Vid “Más prisiones en España” disponible en <http://www.derechopenitenciario.com/noticias/noticia.asp?id=1621>

<sup>1035</sup> A Septiembre de 2008 se habían inaugurado 3 prisiones más en el resto del territorio español, en Madrid, Sevilla y Castellón, “Cada una de los tres nuevos penales cuenta con 1.214 plazas. Es decir, se llenarán sólo con el incremento de 4.014 presos. Las 77 cárceles que funcionan albergan, según Instituciones Penitenciarias, a 71.114 presos. El número de celdas que utilizan -excluyendo las de aislamiento y enfermería- ronda las 41.000 (...) Hay 22.000 funcionarios de prisiones y harían falta otros 13.000. Los módulos pensados para 72 internos están ocupados por 140” En 2011, se había planificado la construcción de 18.000 plazas más, que aún no estaban construidas a Diciembre del mismo año. Vid “Más prisiones en España” en <http://www.derechopenitenciario.com/noticias/noticia.asp?id=1613>

<sup>1036</sup> Vid. Estadísticas Penitenciarias en España, disponible en la versión web de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2012&mm=12&tm>

<sup>1037</sup> Se corresponde fundamentalmente con el primer grado y se aplica a aquellos reos “peligrosos e inadaptados al régimen ordinario”

que han quedado contenidas en la normativa que regula el régimen cerrado, aunque a partir del año 2009 se ha creado una situación de particulares características que abordaremos luego.

El régimen cerrado se caracteriza por una mayor rigurosidad, que se traduce en el aislamiento en celdas individuales: concretamente en los centros o módulos cerrados, con dos modalidades según sean “inadaptados”- a quienes se internará en módulos de régimen cerrado, en el que disfrutan de un mínimo de cuatro horas de vida en común y pueden realizar actividades con otros internos- o peligrosos -a quienes se interna en departamentos especiales, donde disfrutan de un mínimo de tres horas de salida al patio, y no pueden permanecer más de dos internos juntos-. Tienen cacheos diarios, y “toda la actividad tratamental se dirige a lograr la adaptación al régimen ordinario”.

Se consideran peligrosos a los penados que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personas ajenas, y en las que se evidencie una peligrosidad extrema 91-3º del Reglamento Penitenciario, en adelante, RP. Los clasificados en primer grado no pueden disfrutar de permisos de salida ordinarios, sí pueden hacerlo en circunstancias extraordinarias “con las medidas de seguridad adecuadas”<sup>1039</sup> (así los establece el RP).

La clasificación en primer grado es la más rigurosa que prevé el sistema penitenciario español y es aplicable tanto a preventivos como a condenados<sup>1040</sup>. En los Departamentos especiales las horas diarias de patio pueden quedar limitadas a tres. A las actividades programadas pueden dedicarse otras tres horas, participando como mucho cinco internos. Diariamente se practica registro de las celdas y cacheo de los internos

---

<sup>1038</sup> Condición que por su importancia y consecuencias en el régimen privativo de libertad, abordaremos en profundidad en un apartado especial.

<sup>1039</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.- BLANCO CORDERO, I: Op. Cit, pg 21; también, PELLUZ ROBLES, L. C.: “El tercer grado penitenciario” en *Artículos de Derecho Procesal Penal*. Ed. Tecnos, Madrid, 1999

<sup>1040</sup> En el caso de los preventivos se revisa cada tres meses y en el de los penados cada seis, previa comunicación al Juez de vigilancia. (arts. 98 y 105) Siendo los criterios a seguir para tal calificación los siguientes (art. 102 RP):

\*La naturaleza de los delitos cometidos en su historial delictivo, que denoten una personalidad agresiva, violenta y antisocial \*La comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos. \*La pertenencia a organizaciones delictivas o bandas armadas, mientras no se muestren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de las organizaciones o bandas. \*La participación activa en motines, plantas, agresiones físicas, amenazas o coacciones. \*La comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves de manera reiterada y sostenida en el tiempo. \*La introducción o posesión de armas de fuego en el establecimiento, así como la tenencia de drogas en cantidad importante que haga presumir su destino al tráfico.

pudiendo recurrirse hasta el desnudo integral si existen fundadas sospechas de posesión de objetos prohibidos y por razones de urgencia. Los servicios médicos han de programar visitas periódicas e informar al director (art. 93).

Pero veamos qué ocurre en las cárceles españolas con los internos sometidos al régimen que mencionábamos pues la mayor cantidad de denuncias por torturas, trato cruel, inhumano y degradante, provienen de internos que han sido sometidos al régimen cerrado y FIES <sup>1041</sup>, y suelen referirse a golpes (con porras, puños, patadas, etc.), amenazas, insultos, patadas, golpes con barras de hierro así como el sometimiento a cacheos con desnudos integrales sin respetar las condiciones mínimas de intimidad y a la inmovilización con esposas durante largos periodos de tiempo. Ocho de cada diez internos a los que se los somete al régimen de aislamiento han sufrido maltrato. El 75% de los encuestados por los profesores RÍOS MARTÍN- CABRERA CABRERA (en el libro *Mirando el abismo: el régimen cerrado*) dice haber sufrido malos tratos, desde que está recluido en primer grado. 62, 5% de los internos han recibido golpes, el 43,5% cita haber estado esposado a la cama durante varios días, uno de los relatos recogidos en la investigación de referencia, expresa “Cuando nos sacan al patio nos sacan de uno en uno y cada vez que salimos de la celda somos esposados hacia la espalda, en compañía de diversos carceleros que van esgrimiendo las defensas de goma (porras) en las manos en plan amenazante e intimidatorio”. En los patios de prisión, la lluvia y el sol caen a plomo. No hay un tejado donde cubrirse. Para estos presos, expresan los autores de la investigación independiente, “el patio suele ser un elemento que intensifica aún más la sensación de aislamiento y encierro. Para empezar, se suele encontrar enrejado por el techo, con lo cual el sentimiento de estar enjaulado es inevitable”<sup>1042</sup>

Compelidos a permanecer durante 23 horas en encierro sin realizar ninguna actividad, el setenta por ciento de los internos de régimen cerrado que reclaman ayuda psiquiátrica no la recibe y el control médico es casi inexistente. Casi la mitad de los adictos a la droga carece de tratamiento. Según la legislación vigente, “la visita médica se hará mediante el sistema de abrir poco y con la compañía de un funcionario”. La pregunta inevitable surge casi espontáneamente: ¿Es posible auscultar a distancia? “Es difícil de

---

<sup>1041</sup> El régimen de primer grado previsto en el real decreto 190/96 en su art. 101 inc.3 establece que el primer grado determina la aplicación de las normas del régimen cerrado. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, según la normativa vigente

<sup>1042</sup> RÍOS MARTÍN, J.C –CABRERA CABRERA, P.: *Mirando el abismo: el régimen cerrado*. Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002.

comprender cómo se puede hacer un examen médico a través de una trampilla de la puerta de la celda”, indican los autores del trabajo. “Es imposible que una exploración facultativa y el consiguiente diagnóstico puedan hacerse a distancia”<sup>1043 1044</sup>.

Un cuarenta y seis por ciento de estos reclusos carece de comunicaciones de cualquier tipo con el mundo exterior y “su vida relacional se agota completamente tras los muros de la cárcel”. Todo acrecienta la sensación de indefensión y de vulnerabilidad del individuo, el desgaste psíquico devora al sujeto. Así, un preso tras dejar el régimen de aislamiento, decía: “Nos esposan para trasladarnos dentro de la cárcel. En esta cárcel nos torturan físicamente a menudo, esposándonos de pies y manos a una cama en posición de crucifixión, manteniéndonos así durante un mínimo de cuarenta y ocho horas (...) Se nos atiende por las mañanas, por lo que si un preso tiene molestias por la tarde no le atienden hasta el día siguiente”<sup>1045 1046</sup>

Por su parte, el informe sobre torturas de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura para el año 2010 da cuenta de 242 situaciones en las que se ejercieron agresiones y/o malos tratos contra 629 personas privadas de libertad. La tendencia, sostiene el informe, sigue siendo la de no denunciar, por el principal motivo del temor a represalias, por tanto, aclara que no recoge la totalidad de hechos que con certeza se han producido sino solamente los que han llegado a su conocimiento y que las cifras aumentarán con el paso del tiempo<sup>1047</sup>. Pero veamos algunos relatos recogidos por el informe de mención:

S.L.F., de 34 años, fue agredido por un funcionario de la prisión gaditana de Botafuegos (Algeciras) el 23 de abril de 2009. Según su denuncia, ésta era la segunda vez en que era agredido por funcionarios de la prisión en pocos meses. En esta ocasión, la agresión se produjo cuando se retrasó unos minutos al levantarse de la cama. Además de agredirle, S.L.E. fue trasladado al módulo de aislamiento.

---

<sup>1043</sup> RIOS MARTIN, J.C –CABRERA CABRERA, P.: *Mirando el abismo...* Op. Cit, pg. 108

<sup>1044</sup> “Las instrucciones y calidad del trabajo de los médicos ubicados en los centros de detención españoles para la detección de la tortura es insuficiente”. Con esta rotundidad se ha expresado el vicepresidente del subcomité de la ONU para la prevención de los malos tratos y la tortura, durante la conferencia organizada por la Facultad de Medicina y Odontología de la Universidad del País Vasco (UPV-EHU) bajo el título “Responsabilidad médica en la lucha internacional contra la tortura” Vid, al respecto: <http://www.xornalgalicia.com/index.php?name=News&file=article&sid=30565>

<sup>1045</sup> RIOS MARTIN, J.C –CABRERA CABRERA, P., *Mirando el abismo...* Op. Cit, pg. 78

<sup>1046</sup> Los efectos que producen en el sujeto el sometimiento a tales innaturales condiciones, es gráficamente expresado por un ex interno de una prisión española: “Miedo, yo sentí miedo, miedo a verme convertido en ese asesino que decían que era, miedo a tratar con gente, miedo a los espacios cerrados, miedo a la multitud, miedo al rechazo. Sin darme cuenta me metía en la casa, me ocultaba, buscaba el zulo.” Vid. *ibídem* 997

<sup>1047</sup> COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA: *La tortura en el estado español. Informe 2010*, Madrid, 2010, pg. 8



V.J.O. denunció haber sido agredido por varios funcionarios del Módulo de Ingreso de la cárcel gaditana de Botafuegos (Algeciras). Posteriormente fue trasladado, con las manos atadas a la espalda, al módulo de aislamiento, recibiendo varios golpes durante el trayecto. Ya en la celda de aislamiento, donde fue desnudado de cintura para arriba, esposado a la cama y golpeado nuevamente, con porras y patadas. Al día siguiente recibió amenazas de muerte para que no denunciase la agresión sufrida.

Los hechos de malos tratos y torturas también se han constatado en los centros de menores, uno de ellos relata las circunstancias por las que le tocó atravesar sosteniendo que “Llegué al centro en febrero, ingresé asustado porque es un sitio nuevo y no sabes lo que te vas a encontrar. Al entrar te tratan como a un perro, sin saber si te portas bien o te portas mal, tienes dos vigilantes dándote rodillazos en la espalda por detrás mientras te sientan, te gritan, te dicen que las manos las pongas boca arriba. Un ingreso como si te hubieran cogido preso el bando contrario de una guerra. Luego te meten en una habitación, en un zulo, que te meten ahí encerrado durante tres días, porque siempre dicen dos días pero luego lo retrasan hasta tres o hasta cuatro días aunque te estés portando bien, o te dicen que es legal.” Posteriormente, “Tuve un problema con un chaval, nos insultamos, él se lo dijo a un educador, y a la hora de la siesta vino a mi habitación un vigilante, entrecerraron la puerta y empezaron a darme puñetazos y a decirme que no lo volviese a hacer, que como lo volviese a hacer me iban a entrar todas las siestas”<sup>1048</sup>.

La familia de otro menor internado denunció varias agresiones sufridas por parte de dos vigilantes de seguridad. Según la denuncia formulada ante la Fiscalía de Menores, las agresiones se produjeron en la Unidad de Contención y cuando el menor estaba inmovilizado, recibiendo puñetazos y golpes con las porras. Durante el año 2009, volvió a ser agredido y, en abril de este año, intentó suicidarse.

Otra de las denuncias que llegaron a conocimiento de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura, efectuada por un interno del penal de Alcolea (Córdoba) de cuenta que “la agresión se produjo después de ser traslado a un módulo de la prisión donde se encontraba otro preso con el que había tenido problema anteriormente y producirse un nuevo incidente con el mismo. Tras este nuevo incidente, los funcionarios cachearon la celda, tirando al suelo todos sus efectos personales, y agredieron golpeándole en la cara y costillas, tras lo que fue llevado al módulo de aislamiento

---

<sup>1048</sup> COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, Op. Cit, pg 45

donde permaneció 4 días esposado de pies y manos, y boca abajo. Posteriormente fue trasladado a la prisión salmantina de Topas. Otro interno denunció asimismo, haber sido agredido por tres funcionarios de la cárcel madrileña de Valdemoro, el 12 de agosto de 2009. Según su denuncia, ese día, acababa de llegar procedente de la prisión de Herrera de la Mancha. Tras permanecer en el patio y cuando regresaba a la celda, los funcionarios comenzaron a insultarle y se abalanzaron sobre él, propinándole puñetazos y bofetadas y patadas en la cabeza”<sup>1049</sup>.

Además de estos hechos mencionados se han constatado también casos de vejaciones de tipo sexual por parte de funcionarios de prisiones, así el informe al que venimos haciendo referencia nos dice que entre los años 2000 y 2009 se presentaron al menos 134 denuncias de las cuales 81 fueron efectuadas por mujeres, es decir que estamos en un porcentaje mayoritariamente femenino, lo que demuestra una vez más, ésta vez muros adentro, la realidad incontestable de la violencia de género. Las vejaciones sexuales en 63 casos han sido verdaderas violaciones agravadas por la condición del agresor, es decir un funcionario del Estado. Estos datos se reparten sobre toda la geografía española. Nos dice el informe que “(...) un 80% de las mujeres presas ha sufrido algún tipo de violencia de género antes de ingresar en prisión. De esta violencia, un 82% fue de índole sexual, lo que implica que un 65,6% de las mujeres presas han sido víctimas de agresiones sexuales antes de entrar en prisión (es decir, 2 de cada 3). Además, un 65% de estas mujeres sufren situaciones de extrema pobreza y un 85% son toxicómanas<sup>1050</sup>.

Las agresiones sexuales a hombres en prisión, aunque moneda corriente, son de menor denuncia por motivos varios, pero sin duda con un factor determinante y es el de la mella que significan tales vejaciones, en el temor de que se les vea cuestionada la calidad de varón. Todos estos factores llevan nuevamente a lo que mencionábamos al inicio de este apartado, y es el silencio.

#### **8-4)- El Fichero de Internos de Especial Seguimiento**

Mención especial merece el Régimen de Fichero de Internos de Especial Seguimiento, (FIES) por su rigurosidad, su complejidad y la gravedad de las situaciones violatorias de derechos humanos que genera lo abordaremos a continuación.

---

<sup>1049</sup> Ibídem 1015 pgs 75 y sgs.

<sup>1050</sup> COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *La tortura...* Op. Cit, pg. 107

El Régimen Penitenciario Español, incorporó una circular creada el 6 de Marzo de 1991, completada por otra, el 28 de Mayo del mismo año. Tal normativa tiene por finalidad la regulación de las condiciones de cumplimiento de prisión de los internos considerados como de “extrema peligrosidad”, con la sola finalidad de mantener el “orden y la disciplina” en los establecimientos penitenciarios españoles.

La puesta en marcha del fichero, coincidió temporalmente con un período (verano de 1991) particularmente conflictivo en diversas prisiones del Estado, en el cual varios motines e intentos violentos de evasión fueron seguidos por el endurecimiento hasta límites extremos del régimen de los reclusos clasificados en primer grado y considerados como FIES, concentrados en un número reducido de centros penitenciarios (Badajoz, Sevilla II, Valladolid y El Dueso). Ambas circulares de 1991 fueron posteriormente sustituidas por la circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 28/2/1995, y todas ellas refundidas tras la promulgación del Reglamento Penitenciario de 1996 -con la cobertura normativa de su disposición transitoria 4ª- en la circular 21/96, de 16 de diciembre de 1996. )”<sup>1051</sup>.

La regulación de mención reviste el carácter de “circular”, es decir, una normativa de rango inferior a la que prevé el régimen cerrado y que en ningún momento gozó de publicidad oficial<sup>1052</sup>. Es un instrumento de control de la Administración penitenciaria dirigido a determinados reclusos a los que, por el delito cometido o por su vida en reclusión, se les suponga un “potencial desestabilizador del sistema penitenciario”. Con el FIES se pretende obtener una amplia información de los internos incluidos en este especial seguimiento. El fichero incluye distintos grupos en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad, u otros factores. A estos efectos existe la siguiente clasificación:

**FIES 1. (Control directo):** En este fichero se incluyen las personas especialmente peligrosas y conflictivas, protagonistas e inductoras de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o la integridad física de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal de la institución, tanto dentro como fuera de la cárcel, con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos.

---

<sup>1051</sup> BRANZARIZ GARCÍA, J.A.: *Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIESI*. Universidad da Coruña 2005, pg. 76

<sup>1052</sup> Vid.: BRANZARIZ GARCÍA, J.A.: Op. Cit., pg 65

**FIES 2. (Narcotraficantes):** Se incluyen aquellas personas, preventivas o penadas, presuntas o autoras de delitos contra la salud pública (tráfico de drogas o estupefacientes) u otros delitos íntimamente ligados a éstos (evasión de divisas, blanqueo de dinero...) cometidos por grupos organizados nacionales o extranjeros, y aquellos que, a través de informes de las fuerzas de seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos.

**FIES 3 (Bandas Armadas):** Se incluyen todas aquellas personas ingresadas en prisión por vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquellos que, a través de informes de las fuerzas de seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos.

**FIES 4 (Fuerzas de seguridad y personal de I.I.P.P):** Se incluyen los que pertenecen o han pertenecido a este colectivo profesional, cuya integridad física y seguridad es preciso proteger.

**FIES 5 (Características especiales)** Se incluyen diversos subgrupos de personas. Temporalmente, aquellas que evolucionan de forma muy positiva en el colectivo Régimen Especial. Aquellas, que vinculadas a la delincuencia común de carácter internacional, sean autoras o presuntamente responsables de delitos extraordinariamente violentos contra la libertad sexual, que además hayan causado gran alarma social. Finalmente, también quedan incluidos los reclusos ingresados por negarse a realizar el servicio militar o rehusaren a realizar la prestación social sustitutoria.

Las normas específicas para algunas de estas categorías intensifican las medidas de seguridad interior, cambios de celda, retención temporal de las comunicaciones escritas y medidas especiales de control de las visitas y demás relaciones dentro de la prisión, así como de sus cuentas de ahorro<sup>1053</sup>.

Respecto de este colectivo de reclusos considerado como especialmente peligroso y conflictivo, la circular 21/96 añade, entre otras medidas:

- Obligatoriedad de inspecciones oculares periódicas. Las rondas nocturnas deberán ser periódicas, sin que entre una y otra medie más de una hora.
- Obligatoriedad para los reclusos de situarse en el fondo de la celda y con las manos visibles cuando el funcionario haga acto de presencia.

---

<sup>1053</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.- BLANCO CORDERO, I: *El sistema penitenciario español*, Ed.Universidad del País Vasco, País Vasco, 2009, pg. 19

-Obligatoriedad de que el recluso sea acompañado por lo menos por dos funcionarios cada vez que salga de la celda.

-Comunicación diaria al jefe de servicios sobre cacheos diarios e incidentes protagonizados.

-Cambios periódicos de celda

-Sólo dispondrán en su celda de la ropa y enseres mínimos para uso diario. Su cambio se realizará tras un cacheo minucioso de lo entregado y de lo recogido. Podrán disponer en la celda de dos libros, dos revistas o periódicos y, si cursan estudios, del material didáctico necesario.

-Si bien pueden utilizar el servicio de economato, no se les permitirá la adquisición de productos que por su contenido o forma conlleven riesgo para la seguridad.

-La distribución de comida se realizará por un recluso-auxiliar, previamente cacheado, a través del pasa-bandejas de la celda, tras el correspondiente cacheo de los alimentos.

-Los presos permanecerán hasta veintiuna horas diarias encerrados en la celda, solos, sin tener contacto con ninguna otra persona: “desayunarán comerán y cenarán solos”.

-Los funcionarios deberán llevar a cabo controles nocturnos cada hora, para lo que encenderán las luces o alumbrarán con sus linternas el interior de la celda.

En materia de comunicaciones, dispone con carácter general que estos internos podrán hacer hasta 2 llamadas telefónicas semanales. No obstante, puede procederse a la intervención de las comunicaciones, que se fundamentará en razones de seguridad. Esta fundamentación en razones de seguridad y la consideración de los reclusos aludidos como extremadamente peligrosos determina que en la práctica, la intervención de las comunicaciones sea un hecho más normal que excepcional. Del mismo modo, esta relación entre fundamento de la intervención de las comunicaciones y calificación de los internos integrados en los departamentos especiales y en el F.I.E.S.-1 (control directo) influye en el hecho de que la intervención sea generalmente de carácter indefinido, renovándose trimestral o mensualmente.

A cualquier interno se le podrán conceder visitas de convivencia con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años, fijándose la duración máxima de seis horas. Esta instrucción establece que la duración máxima para los internos incluidos en el fichero será de tres horas.

En cuanto a las comunicaciones escritas, la intervención supone que se remitirá semanalmente a la coordinación de seguridad, fotocopia de las cartas recibidas o enviadas con su sobre. Si en el plazo de 15 días no hay notificación en contrario, se

procederá a entregar la carta al recluso o a enviarla a su destino. De este modo, como es evidente, en el mejor de los casos las comunicaciones escritas de los reclusos son retrasadas más de dos semanas. Las comunicaciones orales serán grabadas, remitiéndose al día siguiente la cassette a la dirección general de instituciones penitenciarias, con identificación de los intervinientes en la comunicación. Asimismo, las comunicaciones por locutorio tienen que ser solicitadas con antelación a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. La contestación suele tardar entre mes y medio y dos meses. Si es positiva mantendrá su validez durante 3 meses, pero pierde tal validez si se produce un traslado de centro. Respecto de las publicaciones recibidas, se remitirán a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias los originales de las que carezcan de depósito legal o “atenten contra la seguridad del establecimiento”, que serán devueltos con las indicaciones que correspondan. Respecto de las publicaciones que no reúnan estas características sólo se remitirá relación mensual con indicación del remitente.

En materia de conducciones, se dispone que antes de la salida del recluso se proceda a un cacheo minucioso. Si con el mismo se detectase la presencia de objetos prohibidos, se conminará su expulsión mediante flexiones o, como alternativa, se mantendrá al recluso esposado durante el transcurso de la conducción. Antes del ingreso en el nuevo centro, se revisará la celda de recepción y volverá a ser cacheado minuciosamente. Además, se comunicará la peligrosidad del recluso a las fuerzas de seguridad responsables de la conducción, a los centros de destino o tránsito y, en caso de traslado para diligencias penales, al órgano jurisdiccional en el que las mismas vayan a desarrollarse<sup>1054 1055</sup>

Estos ficheros se constituyen además de una especie de radiografía, en una verdadera regulación restrictiva de derechos de los internos sometidos a ellos y han sido ampliamente cuestionados en su fundamentación y en sus objetivos. Se ha dispuesto, sin embargo, para salvar las formas y requerimientos constitucionales que los datos del FIES tienen un carácter administrativo, y que la inclusión en el FIES en ningún caso puede provocar un prejuzgamiento en la clasificación del interno ni vetar su derecho al tratamiento, ni supone una vida regimental distinta de aquella que venga reglamentariamente determinada. Con todo, “como ocurre en otras parcelas del

---

<sup>1054</sup> Vid. BRANZARIZ GARCÍA, J.A.: Op. Cit, pg. 20, Vid. también: RUILOBA ALVARINO, J.: *El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Su aplicación en España*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pg. 316

<sup>1055</sup> Vid.: “Refundición de circulares e instrucciones”, disponible en: <http://www.reicaz.es/tofyserv/sop/textdtosle/i21-96-regimen.pdf>

ordenamiento penitenciario, con la simple indicación formal de que el control realizado no vulnera en ningún caso la legalidad existente, se quiere esconder y suplantar la realidad. Estamos ante una situación de intento de construcción ficticia de una realidad, para ‘hacer ver, lo que de ninguna manera es’. Esta maniobra normativa realizada por el legislador penitenciario (Dirección General de Instituciones Penitenciarias) es tan visible y clara que no consigue los efectos que pretende de camuflaje de la ilegalidad, aunque amparándose en esta realidad ficticia, que se dispone en la Instrucción, algunos Jueces de Vigilancia no han accedido a excluir del fichero a determinadas personas. En cambio, a otros Jueces, tal situación no se les ha pasado por alto y han declarado en sus resoluciones la ilegalidad del fichero”<sup>1056</sup>.

### **8.5)- Jurisprudencia sobre el FIES**

La jurisprudencia al respecto ha sostenido que: *La aplicación del régimen FIES supone una diferenciación de regímenes de vida, dentro del régimen cerrado o especial del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, con restricciones de derechos, no querida ni contemplada por el legislador. Las personas incluidas en el denominado Control Directo, tienen un régimen más severo que los internos de una misma clasificación de primer grado (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Granada, auto de 31.07.95). Con la aplicación de este régimen de vida se ignoran no sólo las consecuencias, sino también las causas de su inclusión en el mismo (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, auto de 10.08.95).*

Por el contrario, tanto las autoridades administrativas como la instrucción que lo regula, mantienen que la inclusión en un FIES no afectará a la clasificación, ni al tratamiento, ni a la vida regimental. Pero ello resulta difícil de admitir. Por una razón muy sencilla: ¿cómo se puede lograr ‘el control adecuado’ que demanda el régimen de vida del FIES? Este control, como cualquier otro, exige ‘un especial seguimiento’, y éste tiene que consistir necesariamente en una mayor vigilancia que afectará, al menos, a la situación regimental. Ello supondrá, una limitación, menoscabo o derogación pura y simple de derechos penitenciarios plasmados legal o reglamentariamente. Se han detectado por información de presos, traslados de módulos dentro de la misma prisión cada semana o cada quince días, traslados de prisión a prisión, intervención arbitraria de correspondencia, cacheos personales indiscriminados, aislamientos, vulneración de la

---

<sup>1056</sup> Vid al respecto “El FIES”, disponible en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/fies.htm>

intimidad, y consecuencias que se desconocen pero que de hecho se realizan en cuanto a progresiones/regresiones de grado, concesión/ denegación de permisos. Es evidente que le corresponde a la cárcel. La prueba de que esto no es así en cada caso concreto puesto que es la autora del fichero y de la base legal en que se fundamenta (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 3 de Madrid, auto de 14.07.1995)<sup>1057</sup>

## **12.2) Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de Marzo de 2009**

Como hemos podido evidenciar, el FIES constituye una verdadera regulación de la vida en prisión, estableciendo una serie de gravísimas restricciones a la vida y los derechos de los internos contraviniendo toda una regulación legal de carácter superior.

Así es que el 5 de Octubre del año 2000, la ONG “ Madres Unidas contra la droga de Madrid” junto a quienes sabían de esta situación absolutamente irregular, interpusieron ante el Ministerio del Interior, el “Recurso FIES”, con la intención de que se declarase la nulidad y dejase sin efecto la Instrucción que regulaba la vida de los presos incluidos en el FIES, concretamente el apartado primero de la Instrucción relativo a “Normas de seguridad, control y prevención de incidentes relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados”.

Dicho pedido fue denegado, iniciándose así un largo camino que incluiría la interposición de un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional contra la resolución dictada por el Ministerio del Interior que incluyó la declaración de peritos especialistas en el tema quienes manifestaron entre otras cosas que:

“Los internos sujetos a estas especiales condiciones sufren alteraciones de carácter irreversible, afirmando que lo más grave de estas situaciones es que esas alteraciones sensoriales pueden ser un factor predisponente para la aparición de brotes psicóticos en personas con antecedentes de psicopatología mayor o en personas de estructura personal muy frágil”<sup>1058</sup>.

SÁNCHEZ ALVAREZ, una de las abogadas patrocinantes, manifestó que “Ante las preguntas del Abogado del Estado, quien quería poner de manifiesto que todos estos presos tenían el mismo trato que el resto, se dirigió nuestra mirada hacia -

---

<sup>1057</sup> Pueden consultarse ambos fallos en: [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

<sup>1058</sup> Vid. SÁNCHEZ ALVAREZ, P.: “Régimen FIES: Incidencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 11/03/09. disponible en: <http://www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2009/10/STS-SOBRE-EL-RÉGIMEN-FIES-ESPAÑOL-Pilar-Sánchez.doc>



específicamente y sólo como ejemplo- cómo era efectivamente esa asistencia en el ámbito médico, sin que haya contacto con el interno: “¿cómo fiarse de un estamento que te hace la exploración física por la mirilla?”<sup>1059</sup>. El ejemplo más claro, sin duda, de que el trato no es el mismo que con el resto de la población penitenciaria.

SANCHEZ ALVAREZ manifestó que “en el hipotético caso de que se redujera la conducta que llevó a la calificación de primer grado, lo que está claro es que el aislamiento no promueve ningún aprendizaje de conducta alternativa positiva. Pensar que propuestas como el aislamiento producen ese aprendizaje positivo suele formar parte del pensamiento mágico de una Institución –la penitenciaria- que por lo menos (y de eso ya sería responsable) desde sus técnicos reconoce el funcionamiento básico de la conducta humana (...) nos llama poderosamente la atención que a la clasificación de grados (y en concreto al primer grado”) se le dé el calificativo de tratamiento. Es un ejemplo más de la utilización equívoca de las palabras”<sup>1060</sup>.

El recurso presentado ante la Audiencia Nacional, por otra parte, se fundaba en que una Instrucción o Circular, encubre un reglamento cuando pretende establecer un determinado *modus vivendi* fuera de los estrictos confines de la relación de sujeción especial. En este caso es necesaria una autorización legal distinta de la mera habilitación para emanar ese tipo de normas que se haya conferido a la autoridad administrativa competente, sin perjuicio de la legalidad o no de su contenido. La Instrucción 21/96 regula *ex novo* un régimen de vida restrictivo de derechos contrario a la Constitución y a la Ley Orgánica General Penitenciaria, vulnera el artículo 25.2 de la Constitución Española por cuanto imposibilita la reinserción social de las personas privadas de libertad (prevención especial positiva) instaurando una prevención especial negativa, contraria al artículo 25.2 de la Constitución Española y al art. 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria. No se prevé ningún tratamiento individualizado contraviniendo los citados artículos 62 c y 63 de la LOGP. En este sentido, la Instrucción 21/96 vulnera el principio de individualización científica (art. 72 LOPJ) dado que las medidas previstas en la Instrucción con carácter general suponen una restricción de derechos, lo cual sólo podría realizarse de manera individualizada, motivadamente, con una duración determinada, controlada y autorizada judicialmente como lo consignado en la Ley Orgánica General Penitenciaria (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº. 3 de Madrid 14/07/95).

---

<sup>1059</sup> SÁNCHEZ ALVAREZ, Op. Cit.

<sup>1060</sup> Vid. SÁNCHEZ ALVAREZ, P.: Op. Cit.

La Audiencia falló en este caso sosteniendo que la instrucción que regulaba el FIES era ajustada a Derecho, salvo el apartado que preveía que las visitas de convivencia solamente podía extenderse por tres horas, entendiendo la Audiencia que podía prolongarse a seis.

Esta resolución judicial motivó que se interpusiera un Recurso de Casación el 25 de Octubre de 2004<sup>1061</sup>. Finalmente, y cinco años después, la Sala de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia haciendo lugar al recurso interpuesto y declarando nulo de pleno derecho el apartado primero de la Instrucción 21/96

En el fallo, se sostiene que: *“La Sala de instancia en la sentencia recurrida no niega que el apartado impugnado de la Instrucción de la Dirección General de Instituciones limitaciones, sino que sostiene que éstas no contradicen lo establecido en la Ley y Reglamento Penitenciarios, salvo en cuanto a las denominadas visitas de convivencia penitenciarias afecte los derechos de los internos imponiéndoles con independencia de que no compartimos esa conclusión, pues otro tanto sucede con las comunicaciones telefónicas, la cuestión, como se sostiene al articular ambos motivos de casación, está en si una circular o instrucción de la Administración penitenciaria es instrumento*

---

<sup>1061</sup> El recurso de casación interpuesto en nombre y representación de la Asociación "Madres Unidas contra la Droga de Madrid" se basa en dos motivos, ambos al amparo del *apartado d) del artículo 88.1 de la Ley* de esta Jurisdicción; el primero por haber vulnerado la Sala de instancia lo establecido en los *artículos 17.1 y 25.2 de la Constitución*, en la interpretación que de éstos se hace en la sentencia 175/2000 del Tribunal Constitucional, según la cual las relaciones de sujeción especial no constituyen una limitación al principio de reserva de ley, mientras que la Instrucción impugnada se extralimita del ámbito meramente organizativo y de funcionamiento propio de la institución penitenciaria para innovar el ordenamiento y crear un nuevo régimen al margen de la legalidad vigente, y así el Tribunal de Derechos Humanos, al analizar el *artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, ha declarado, entre otras, en la sentencia del "caso Silver" que las limitaciones establecidas en este precepto han de hacerse mediante leyes y no a través de circulares o instrucciones, que no son fuente de derecho y no están sujetas a las garantías de publicidad de las normas, debiendo ser, en cualquier caso, las limitaciones de derechos motivadas, proporcionadas, individualizadas y por tiempo determinado, pero la Instrucción impugnada establece medidas de carácter general y las restricciones impuestas van más allá de lo necesario para que las prisiones funcionen cotidianamente; y el segundo por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en los *artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución*, porque la potestad de autodisposición en materia organizativa de la Administración está limitada por los principios de jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad y de sometimiento pleno a la ley y al derecho, mientras que la Instrucción impugnada se extralimita y va más allá del mandato de la *Disposición Transitoria 4ª del Reglamento Penitenciario, de 1996*, de refundir, armonizar y adecuar a lo dispuesto en el propio Reglamento las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas con anterioridad, de manera que su propio contenido contradice lo expresado en ella para justificar su aprobación, y así no sólo crea una base de datos de carácter administrativo sino que establece un nuevo régimen y un estatuto de derechos y deberes diferente y más restrictivo del previsto en la legislación vigente, a pesar de que las instrucciones, circulares o resoluciones de los órganos de la Administración, sin potestad reglamentaria, sólo pueden tener eficacia interna para la gestión eficaz de los servicios atribuidos a cada centro directivo, mientras que las Instrucción 21/1996 supone, por la vía de los hechos, el ejercicio de una potestad reglamentaria sin ninguna cobertura legal y sin respeto de los requisitos formales ni materiales que garantizan la validez de las disposiciones normativas, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se declare la nulidad del apartado primero de la Instrucción 21/1996 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

*jurídicamente idóneo para establecer con carácter general un régimen de derechos y deberes de los internos, que califica de conflictivos y/o inadaptados.*

*Nosotros, en contra del parecer de la Sala sentenciadora y de los informes obrantes en el expediente administrativo, consideramos que esas circulares o instrucciones, al carecer de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no son medio idóneo para regular derechos y deberes de los internos en los centros penitenciarios”<sup>1062</sup>.*

Finalmente la sala resolvió: “(...) *anulamos dicha resolución administrativa por ser contraria a derecho, a la vez que declaramos nulo de pleno derecho el apartado primero, encabezado con la rúbrica: ‘Normas de seguridad, control y prevención relativas a internos muy conflictivos y / o inadaptados’, de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, dictada por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre refundición de Circulares e Instrucciones (...)*”<sup>1063</sup>

Sin embargo, en el transcurso de esta batalla judicial, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, dictó una nueva Instrucción, la 6/2006, que bajo la denominación “Protocolo de actuación en materia de seguridad” en su Disposición Derogatoria III derogaba expresamente la Instrucción 21/96.

SÁNCHEZ ALVAREZ nos expresa, que luego de acceder al documento de referencia constataron que los apartados 2 y 3 de estas normas copiaba de forma casi literal el apartado primero de la Instrucción 21/96 (denominado “Normas de seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados, que comprende los dos subapartados que lo integran: A.- Normas de seguridad relativas a internos incluidos en el fichero FIES y B.- Normas de régimen cerrado, de control y prevención de incidentes”). Presentándose una situación jurídica al menos, irregular y contradictoria.

Así las cosas, sostiene SÁNCHEZ ALVAREZ, entendemos que los apartados 2 y 3 de los procedimientos de actuación en materia de seguridad de la Instrucción 6/2006 son nulos de pleno derecho y deben ser dejados sin efecto. Actuación que sin duda corresponde realizar de oficio a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Dado que todavía no se ha producido, deberemos nuevamente ser los afectados y sus letrados, así como las personas sensibles que conocen esta situación las que insten a la

---

<sup>1062</sup> Municipio: Madrid -- Sección: 5, Nº Recurso: 9576/2004 -- Fecha: 17/03/2009 Tipo Resolución: Sentencia Resumen: Principio de legalidad formal: reserva de Ley. Jerarquía normativa. Impugnación de disposición general. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

<sup>1063</sup> Vid. Ibidem 1062

Dirección General para que ejecute la sentencia (ya firme) del Tribunal Supremo, puesto que su ejecución no puede limitarse a la Instrucción 21/96 sino que debe extenderse a la 6/06, que repite en su literalidad la anterior”<sup>1064</sup>.

Es decir, que el régimen legal español en este punto, en definitiva y después del largo camino que hemos visto se ha recorrido, permanece finalmente incólume.

### 13)- Decesos en las prisiones españolas

Es necesario en este punto decir que España ratificó en el año 2005 el *Protocolo Facultativo de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes*. Dicho protocolo establece en su art. 1 un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes <sup>1065</sup>

Ocho mil son las muertes registradas y reconocidas oficialmente producidas entre 1988 y el año 2010 en las prisiones españolas. A partir de los datos hechos públicos por los medios de comunicación, gracias a entidades como la *Asociación contra la Tortura de Madrid, la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía o el Observatorio sobre el Sistema Penal y los Derechos Humanos de Cataluña*<sup>1066 1067</sup>.

Tanto informes de *Amnistía Internacional, Human Rights Watch*, como de la *Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía*, dan cuenta que la situación en las cárceles españolas no ha variado<sup>1068</sup>, así el informe para el año 2010 de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura ha constatado la muerte de 110 personas<sup>1069</sup> cuando se

---

<sup>1064</sup> Vid. SÁNCHEZ ALVAREZ, P.: Op. Cit. 45

<sup>1065</sup> Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1966.pdf>

<sup>1066</sup> Todas ellas achacadas a suicidios según la versión de los responsables penitenciarios ante la opinión pública, cuando curiosamente los datos oficiales de Instituciones Penitenciarias, tan solo contabilizan 17 muertes por suicidio para ese periodo, y 30 tentativas no consumadas

<sup>1067</sup> Informe alternativo contra la tortura equipo Nizkor Vid al respecto: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/act.html>

<sup>1068</sup> Vid al respecto: Informe Amnistía Internacional Muerte en las prisiones españolas, disponible en:

<http://thereport.amnesty.org/esl/regions/europecentraasia/spain>, [http://www.hrw.org/doc/?t=spanish\\_europe](http://www.hrw.org/doc/?t=spanish_europe), <http://www.apdha.org/>

<sup>1069</sup> Veamos algunos casos que recoge el informe de la organización Amnistía Internacional de mención, donde han preferido para conservar la identidad de las víctimas, mencionarlas sólo con sus iniciales:

J.M.S. de 36 años, apareció ahorcado, con una sábana, en una celda de aislamiento de la cárcel de Pereiro de Aguiar (Ourense) el 30 de marzo de 2009. Según la dirección del centro penitenciario, la muerte fue de etiología suicida, y J.M.S: había sido aislado en una celda de la cárcel después de una pelea con otro preso, para ‘evitar posibles venganzas y nuevas agresiones’.

encontraban bajo la custodia de funcionarios de prisiones o policías de las cuales 96 se han producido concretamente en prisión<sup>1070 1071</sup>.

“Las versiones oficiales de estas muertes prematuras son siempre las mismas: causas naturales, sobredosis, suicidios. Se consideran hechos excepcionales y aislados, y sobre todo se definen como resultado de los desequilibrios personales de sus víctimas y en ningún caso como consecuencia inevitable de la aplicación de una medida disciplinaria, que en las condiciones en las que se aplica, muchos reos, ante la insoportabilidad del sufrimiento, “deciden” que es mejor quitarse la vida. Jamás se reconocen como muertes producidas por las condiciones de encierro en las que se encontraban quienes murieron. La maquinaria jamás falla, siempre son las personas”<sup>1072</sup>, afirma con certeza el informe, Así pues, con acierto ha sostenido NEUMAN “(...) hay muertes en motines carcelarios de presos y de personal penitenciario, hay muertes por enfermedades en las prisiones, hay muertes por la altísima tasa de suicidios entre los criminalizados, hay muerte”<sup>1073</sup>.

#### 14-Los fallos

Los casos de torturas en las prisiones españolas que han llegado a ser comprobados, judicializados y condenados son, en contraste con lo que hemos dicho hasta aquí,

---

J.C.D. murió a finales de abril de 2009, en la enfermería de la cárcel madrileña de Navalcarnero.

A pesar de su delicado estado de salud, J.C.D. no fue trasladado a un hospital, y días antes de su fallecimiento, diversos presos del módulo 5 de la cárcel de Navalcarnero habían protagonizado diversas protestas en su apoyo, pues entendía que J.D.C. no debía estar en el módulo, sino en la enfermería

A.M.L.G. falleció el 6 de mayo de 2009 en una celda de la cárcel de Puerto III, en la localidad gaditana de El Puerto de Santa María.

En la misma celda, los funcionarios localizaron inconsciente, en estado grave, a C.V.G. La causa oficial de la muerte fue una sobredosis de estupefacientes.

Los padres de R.H.S., denunciaron la agresión sufrida por su hijo por parte de varios funcionarios del centro penitenciario psiquiátrico de Fontcalent (Alacant) el 23 de septiembre de 2009. La denuncia fue interpuesta el 5 octubre después de que su hijo les llamase por teléfono diciéndoles que “en el psiquiátrico le iban a matar”. Entonces los padres se desplazaron a Alacant y cuando lograron ver a R., en un vis a vis, se encontraron con que tenía “contusiones, desgarros, hematomas en espalda, cadera, muslos y glúteos”, en algunos de los cuales se veía perfectamente la forma de un palo.

En la denuncia, indican que el joven fue pegado con palos mientras tenía la cabeza tapada con una manta, que después, le “arrastraron por el pasillo hasta una celda de inmovilización”, y que los responsables del centro les explicaron que “quizá” los funcionarios se habían “excedido” con el joven Tras la denuncia.

R.H.S. fue trasladado al Centro Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla donde finalmente falleció. Vid:

<http://thereport.amnesty.org/esl/regions/europeacentraasia/spain>.[http://www.hrw.org/doc/?t=spanish\\_europe](http://www.hrw.org/doc/?t=spanish_europe), <http://www.apdha.org/>

<sup>1070</sup> Vid.: [http://www.nodo50.org/tortura/spip/article.php?id\\_article=12786](http://www.nodo50.org/tortura/spip/article.php?id_article=12786)

<sup>1071</sup> Vid: COORDINADORA... Op. Cit, pgs. 98 y sgs.

<sup>1072</sup> MANZANOS BILBAO, C.: *Muertes oscuras en prisión*. Madrid, 2008. Inédito.

<sup>1073</sup> ZAFFARONI, E.R.: *En busca...* Op. Cit. pg. 65

pocos, y este fenómeno obedece principalmente a la imposibilidad fáctica de sobre todo poder aportar pruebas de lo ocurrido, por el amparo entre funcionarios, por el temor a “lo que vendrá”, por la impunidad que genera la propia prisión. Destaca el informe de la Coordinadora para la Prevención de la Tortura para el año 2010, que de 135 funcionarios estatales condenados en el año 2008 por conductas asimilables a malos tratos, solamente uno era funcionario de prisión<sup>1074</sup>.

La experiencia de falta de tutela judicial para las personas presas en este sentido está tan extendida y comprobada, en primer lugar por ellas mismas, que sólo en algunas ocasiones las víctimas de torturas decidan acudir a los tribunales, poner denuncia, ya que con ello se están exponiendo en la práctica a que, con casi total seguridad, la denuncia sea archivada, y más aún, prospere la contradenuncia que pueden haber interpuesto los funcionarios para respaldar su versión de los hechos, y que se traducirá en más tiempo de condena para el agredido, las contradenuncias típicas lo son por “atentado”, “resistencia”, “desobediencia” o “lesiones en los dedos de las manos de los funcionarios”, y con las prácticas consolidadas”, ha afirmado DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>1075</sup>. Con todo, ha habido dos fallos ejemplares producidos en la Audiencia de Barcelona y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veamos:

- La Audiencia de Barcelona, en Sentencia dictada el 27 de Junio de 2013 por la Sección Quinta, en la causa N° 73/2011, ha condenado a seis funcionarios de prisiones entre ellos al subdirector médico de de la cárcel de Quatre Camins de la Roca de Vallés por maltratar y lesionar a varios reclusos tras un motín ocurrido en ese centro penitenciario, el Tribunal impuso la pena máxima de tres años y medio al subdirector médico, como autor de siete delitos de atentado contra la integridad moral y otras siete faltas de lesiones, además de 14 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. El Tribunal, que ha aplicado en todos los casos la atenuante de dilación indebida en la tramitación del proceso judicial, no ha considerado que los hechos sean constitutivos de un delito de tortura, como solicitó la fiscalía, que acusó al ex subdirector médico de la cárcel de infligir torturas a varios presos tras el motín para “castigarlos” o sonsacarles información. Tres de los nueve funcionarios que fueron juzgados por maltratar a once internos durante su traslado a otros centros una vez sofocado el motín del 30 de abril de 2004 han sido absueltos, mientras que los jueces han dictado el pago de indemnizaciones menores -de entre 250 y 750 euros- a los

---

<sup>1074</sup> COORDINADORA PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, pg 101

<sup>1075</sup> Ibidem. 1041 pg. 102

internos maltratados, de las que deberá responder la Generalitat como responsable civil subsidiaria. El Tribunal explica en su sentencia que no tiene duda de que *"el centro penitenciario sufrió un desgobierno, donde los funcionarios tomaron básicamente las riendas y en esa posición de fuerza, anulado el director del centro, y sin impedimentos de los mandos intermedios que allí se encontraban, realizaron el 'pasillo' a los internos que iban a trasladar"*, que recibieron golpes, insultos y vejaciones. El motín se prolongó durante al menos cuatro horas, durante el mismo los amotinados tomaron de rehén a un funcionario de prisiones e hirieron al subdirector del centro. Los responsables penitenciarios decidieron trasladar de cárcel a una quincena de reclusos, a los que atribuyeron el motín. En este traslado es cuando los funcionarios hicieron un "pasillo" para insultar y agredir a los reclusos.

Según la sentencia, esta acción *"comporta el delito de atentado contra la integridad moral, pues la duración de ese 'pasillo' no fue excesiva, no tuvo carácter permanente, el resultado lesivo no fue grave y respondía, que no lo justifica, a una alteración de los funcionarios por los graves incidentes ocurridos unas horas antes"*. El Tribunal ha rechazado la tesis del ministerio público de que estos maltratos fueran torturas y tuvieran la finalidad de obtener información de los agredidos sobre la posible participación de otros internos en dichos altercados. Durante el juicio, el ex director de Servicios Penitenciarios de la Generalitat admitió "conductas irregulares" en el traslado de los presos amotinados y reconoció que se produjo una entrada "indiscriminada" de 200 funcionarios fuera de servicio, sin su permiso, ya que se quebrantó la cadena de mando, según afirmó en su declaración.

El propio imputado Subdirector médico de la prisión "reconoció" cierta "contundencia" contra al menos 19 presos y para él el Fiscal solicitó ocho años de prisión, aunque como hemos visto, el fallo no ha considerado la existencia de torturas<sup>1076</sup>.

-El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sancionó a España en el caso Otamendi Eguiguren c/ España, de fecha 16 de Octubre de 2012. Otamendi, director de un diario vasco, fue acusado junto a otras 9 personas directivos del mismo medio, de pertenecer a ETA, el 20 de Febrero de 2003, luego, en juicio, fue absuelto. Al salir de la cárcel el

---

<sup>1076</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, N° de Recurso: 73/2011 Vid.: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6821120&links=Quatre%20Camins%202004&optimize=20130819&publicinterface=true>, Vid también: "Ex médico de Quatre Camins, admite cierta contundencia con los presos" disponible en El País, Cataluña, de fecha 6 de Mayo de 2013, [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/05/06/catalunya/1367846351\\_390571.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/05/06/catalunya/1367846351_390571.html), "Seis funcionarios condenados por maltratos a reclusos durante un motín" en El País, Cataluña de fecha 2 de Julio de 2013 [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/07/02/catalunya/1372756308\\_143932.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/07/02/catalunya/1372756308_143932.html)

demandante alegó haber sufrido malos tratos durante su detención preventiva incomunicada precisó que su demanda estaba fundada única y exclusivamente sobre la violación de la vertiente procesal del artículo 3 del Convenio contra la tortura, a saber la falta de una investigación efectiva por parte de las autoridades nacionales tras la interposición de una denuncia por tortura y otros malos tratos. Otamendi había sido detenido, incomunicado y sometido a interrogatorios sin presencia de abogados, tales interrogatorios incluían la asfixia provocada por el uso de bolsas plásticas colocadas a tal efecto en su cabeza, golpes en sus genitales, simulacros de disparos sobre su sien, patadas en su cuerpo, flexiones y bastonazos sobre su espalda. El médico forense se limitó a decir que el demandante se había mostrado “obsesionado” con los interrogatorios. Habiendo intervenido la jueza de instrucción N° 5 de Madrid falló ordenando el archivo de la causa sobre la única base del informe médico quien afirmaba que en su revisión lo había visto bien orientado, no lo encontraba agotado ni exhausto, y asimismo manifestaba que no había reconocido el cuerpo del detenido ante la negativa de éste. La Jueza no lo había visto personalmente, rechazó revisar el video conteniendo las declaraciones hechas al término de detención, tampoco escuchó al otro detenido, compañero de celda, único testigo, tampoco investigó el lugar de los hechos ni entabló una investigación que permitiera individualizar a las personas encargadas de su detención preventiva y de su vigilancia. Ordenando el archivo del caso. Habiendo presentado un recurso ante la audiencia provincial de Madrid, ésta confirmó el archivo de la Jueza N° 5, considerando que ninguna actuación de investigación complementaria se revelaba necesaria.

El Tribunal de Estrasburgo, amonestó explícitamente a un Juez de la Audiencia Nacional instructor del caso que hizo caso omiso a la denuncia de Otamendi y lo obligó a acudir a otro juzgado. La sentencia además, cuestiona a la legislación antiterrorista y en concreto del art. 527 del procedimiento que regula la incomunicación y considera que dos normas de ese procedimiento son contrarias a los derechos humanos e incluso a la Constitución Europea, a saber: que se impida saber dónde está incomunicado el detenido y que se le impida estar con su abogado de confianza. El TEDH además dijo que: El juez debe comprobar personalmente la situación del incomunicado durante el proceso, y no mediante personas interpuestas. Se deben seguir las recomendaciones del CPT repetidamente hechas a España, por ejemplo: gravar al reo en todo momento. Debe prohibirse vendar los ojos o tapar con capucha al incomunicado. Consideró que *la situación de vulnerabilidad de las personas detenidas en régimen de incomunicación*



*justifica la toma de medidas de vigilancia jurisdiccional apropiadas, previstas en la ley de enjuiciamiento criminal para los casos de detención incomunicada con el fin de que los abusos sean evitados y que la integridad de los detenidos sea protegida.* El TEDH falló de la siguiente manera: -Declara admisible la demanda- Ha habido violación del art. 3 del Convenio- El Estado demandado debe abonar al demandante dentro de los tres meses siguientes al día de la sentencia la suma de 20.000 Euros por daño moral, 4000 Euros en concepto de tributos, gastos y costas<sup>1077</sup>.

Esta sentencia ha sido la tercera en dos años contra España por torturas<sup>1078</sup>

## **15)-Recomendaciones de la ONU**

En el año 2005 el relator especial VAN BOVEN<sup>1079</sup>, hacía especial hincapié en la detención incomunicada por crear condiciones ideales para la ejecución de torturas, tratos inhumanos, crueles y degradantes. Recomendando especialmente que las denuncias de tales hechos deben ser investigadas con celeridad y eficacia tomándose inmediatas medidas contra los funcionarios acusados, tales como la suspensión hasta tanto se diluciden las agresiones que se le imputan y que tales investigaciones deben llevarse a cabo con independencia de las instituciones a las que sirven los funcionarios acusados. Recomendando asimismo, dada la gravedad del panorama español en materia de torturas, que el gobierno elaborara un plan integral destinado a impedir que tales hechos se cometieran.

Desde la Relatoría Especial de la ONU para el tema de la Tortura se ha llamado la atención a las autoridades españolas también a este respecto, teniendo en cuenta la previsibilidad del final de una denuncia por torturas ya que “una vez que las denuncias son recibidas en el Juzgado, es frecuente que éste se limite a solicitar información a los funcionarios denunciados (los que por obvias razones generalmente niegan la agresión).

---

<sup>1077</sup> STEDH Otamendi Eguiguren c/ España, 16 de Octubre de 2012. Vid [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288776293066/Estructura\\_C/1288776312265/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288776293066/Estructura_C/1288776312265/Detalle.html)

<sup>1078</sup> Las otras sentencias han sido en los casos: Mikel San Argimiro c/ España y Artiz Beristain c/ España Vid: Institut de Drets Humans de Catalunya: [http://www.idhc.org/esp/18112\\_CoE.asp#top](http://www.idhc.org/esp/18112_CoE.asp#top)

<sup>1079</sup> Vid Informe Relator Especial de la ONU, VAN BOVEN, acerca de las torturas en las prisiones españolas: <http://www.nodo50.org/tortura/informes/onu/INFORMERELATORTHEOVANBOVEN6.02.04.ht>

Se agrega que en muchos de estos casos no se practican más diligencias de investigación y el juzgado termina por archivar el procedimiento”<sup>1080</sup>.

En Mayo de 2008, el relator de la ONU, SCHEININ, elaboró un nuevo informe, esta vez, sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. En sus valoraciones provisionales, el relator solicitó de nuevo a las autoridades españolas la derogación del régimen de incomunicación de los detenidos, ya que conlleva una situación “que puede facilitar que se cometan actos de tortura y malos tratos”. Señala además que “no sólo entraña un riesgo de que se produzca un trato prohibido, sino que expone a España a acusaciones de torturas y, por consiguiente, resta legitimidad a su actuación antiterrorista”. Pidió también la generalización del uso del "Protocolo Garzón", que prevé que un detenido incomunicado sea sometido a videovigilancia constante y sea examinado por un médico de su elección. De esa forma, se prevendrían los malos tratos y quedaría libre de sospecha “cualquier agente de las fuerzas del orden a quien pudiera haberse acusado injustificadamente de conducta impropia”. El relator también se mostró preocupado por el hecho de que los sospechosos de terrorismo mantenidos en incomunicación “formulen continuamente denuncias de tortura u otras formas de malos tratos”<sup>1081</sup>

Ante un hecho de torturas, el art. 13 de la Convención contra la Tortura exige que los Estados Partes velen porque: “toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado”<sup>1082</sup>

## **16-Así las cosas**

“Cuando no se sabe dónde ir todos los vientos son malos”, pues bien, para saber dónde ir antes debemos saber dónde estamos.

Sabemos que los Estados en pos de proteger la dignidad ínsita en el hombre y justamente, como consecuencia de los horrores que son capaces de cometer los seres

---

<sup>1080</sup> Vid.: Informe Scheinin, - Relator Especial para la Cuestión de la Tortura, disponible en: [www.onu.base/datos/tortura13450.#](http://www.onu.base/datos/tortura13450.#)

<sup>1081</sup> Vid: [http://gara.naiz.info/agiriak/20090205\\_informe\\_relator.pdf](http://gara.naiz.info/agiriak/20090205_informe_relator.pdf)

<sup>1082</sup>

humanos en contra de sus semejantes han instrumentado una serie de herramientas legales a nivel internacional y nacional como una especie de escudo protector contra los abusos provenientes de los detentadores del poder, pero esos instrumentos son insuficientes si es que los Estados no ponen al mismo tiempo la voluntad y el compromiso necesario para que ellos se hagan efectivos. Esos instrumentos no son más que letra muerta. Las declaraciones, tratados, pactos, protocolos, y demás instrumentos protectores de derechos humanos suelen tener una redacción hasta idílica, pero sabemos que estas proclamaciones de derechos humanos solo serán efectivas el día que se hagan carne en los operadores del sistema penitenciario, el día que al hacinamiento no se responda con la construcción de más cárceles para que estas se superpueblen al instante y se apague el fuego con gasolina, porque lo único que provoca la construcción de más cárceles es la reproducción de lo mismo, es decir, la reproducción de la violencia. Y no es cierto que las cárceles modernas sean más humanas, ya lo ha dicho MATHIESEN “a ojos de los reclusos, las modernas cárceles cerradas a menudo son vistas como peores que las antiguas. Las modernas cárceles cerradas están hechas de acero, hormigón, cristales especiales y video-vigilancia”<sup>1083</sup>

Sin embargo y tal como lo ha sostenido, ZÚÑIGA RODRIGUEZ la lógica que estructura un Estado protector<sup>1084</sup> en el que se busca el bien común para sus ciudadanos y que actúa frente a cualquier vulneración que sufran estos, está dada por el respeto a los derechos fundamentales cuyo fundamento es la dignidad humana. Ello condiciona la legitimidad de la actuación pública de un Estado social y democrático de derecho, ya que es la esencia de su existencia.

Con todo, las torturas, los malos tratos, y las muertes son una evidencia constatable con los datos empíricos que aquí hemos expuesto. La marca en el cuerpo, sigue siendo una constante, aún en los albores del siglo XXI.

---

<sup>1083</sup> MATHIESEN, T: “Diez razones para no construir más cárceles” en *Nueva Doctrina Penal*, N° 1, Ed. Ediar. Bs. As, 2005, pg 15

<sup>1084</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L., “Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes” en: *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de verano en san Sebastián, XV cursos Europeos, UPV/EHU. Arateko. Sevilla, 2003*, pgs 117, 167

## A MODO RECAPITULAR

### El fin de la pena privativa de libertad en los albores del siglo XXI

#### 1-La pena de prisión y la sociedad de control

Como lo hemos analizado hasta aquí, la pena de prisión que se reconoce a inicios del siglo XXI, al menos oficialmente, es la que sostiene a través de los siglos, el modelo disciplinador, correspondiente con ese tipo de sociedad<sup>1085</sup>.

Sin embargo, las sociedades disciplinarias, como hemos visto, han transitado hacia las de control, con la consecuente crisis de las instituciones típicas del modelo disciplinario. Nos encontramos entonces ante un nuevo paradigma de sociedad, ya no se procura la normalización, el disciplinamiento para la fijación.

Ahora bien, es necesario distinguir dos espacios, o en todo caso, delimitar dos esferas: una teórica, es decir, los fines proclamados en la normativa vigente y otra de índole práctica, o más bien, de índole real, cierta. Nos preguntamos si la pena de prisión cumple, en los hechos, la finalidad prevista en el papel, o más bien y más profundamente, si pueden sostenerse aún, a inicios del siglo XXI, los fines proclamados en los distintos ordenamientos legales punitivos de Occidente.

Debemos responder que en el contexto histórico del siglo que nos toca transitar- en una trama planetaria que, aunque distinta, mantiene una continuidad que permanece incólume- el discurso disciplinario y normalizador está desfasado, ya no puede ser sostenido. Con todo, a pesar de que en el devenir histórico cada Estado ha creado una penalidad a su medida<sup>1086</sup>, ciertamente y, como lo sostiene GARLAND, “(...) la historia no es la sustitución de lo viejo por lo nuevo, sino la modificación más o menos amplia de lo primero por lo segundo. “El entrelazamiento entre lo establecido y lo emergente estructura el presente (...)”<sup>1087</sup>. Por tanto, no estamos en presencia de un final, sino como lo hemos dicho ya, de una metamorfosis, veamos el fundamento de nuestra afirmación.

---

<sup>1085</sup> SERRA, M. F.: *La cuestión social aislada. Notas sobre las prácticas de encierro en el abordaje de lo social*. Ed. La Ad-Hoc Buenos Aires, 2001, pg. 123

<sup>1086</sup> LEWCOWICZ, I.: *Subjetividad controlada*, Buenos Aires, 2001

<sup>1087</sup> GARLAND, D.: *La cultura...* Op. Cit pg. 275

Como hemos visto, la pena de prisión carece de existencia ontológica *per se* careciendo, por tanto, de un sentido objetivo, está absorbida por la subjetividad <sup>1088</sup> del contexto estatal<sup>1089</sup>, social, histórico, económico en que está inmersa, y que no puede ni debe ser desestimado de manera alguna. Ese contexto le ha ido variando el “sentido” a la pena de prisión: es ella una creación a la que se le da dirección, razón de ser y significación desde allí. Así, cada tipo de Estado instituye un tipo de subjetividad que le es propio. En el régimen de soberanía, el poder de castigar correspondiente a la monarquía, se buscaba sobre el cuerpo del supliciado, la marca, desgarrada si era posible. En el cuerpo del sujeto lo que se buscaba, era un signo; un significado, una expresión en su razonamiento, un arrepentimiento. Ese rastro sobre el cuerpo, no sólo era la significación del poder del soberano, sino la aceptación, cada vez más profunda, de una forma de comportamiento que se iba inculcando muy lentamente sobre el cuerpo del delincuente<sup>1090</sup>.

Como lo ha sostenido LEWCOWICZ, desde el siglo XIX -precisamente en el que se consolida la pena de prisión como tal- el principio de soberanía popular representada, se instituyó desde unos Estados que definían al territorio sobre el que operaban como ‘nación’. Esas naciones eran representadas en los Estados, constituían espacios unificados y delimitados netamente: un mercado, una soberanía sobre ese mercado, una identidad de sus habitantes. En un horizonte moderno -característico de los estados nacionales- el tipo de castigos se concentraba en la rectificación de las conciencias: de ahí el pasaje del suplicio a la prisión. Pero ambos tenían en común la idea de castigo<sup>1091</sup>. Así, el individuo creado por la disciplina, es a quien se le aplica tal disciplina. Para ello ya no importa mucho la ley universal, la ley del derecho; lo que importa es que ese individuo esté siempre sometido al proceso disciplinario, en otras palabras, a través de la fijación en las instituciones disciplinarias lo que se buscaba era la “normalización”, formando o constituyendo individuos. Con referencia, a la prisión, en términos un tanto simplificados, es lo que se quiere decir usualmente cuando se expresa que “la prisión es

---

<sup>1088</sup> Es decir, un modo de hacer en el mundo y con el mundo lo que implica operar con él y en él mediante acciones de invención y de reproducción.

<sup>1089</sup> Tomamos esta palabra en su sentido más amplio, el Estado, así, representa, dirige y regula la vida de la sociedad. Vid BIDART CAMPOS, G.: *Lecciones elementales de política*, Ed. Ediar, Bs As, 2000, pg. 98, también LOPEZ, M.J.: *Manual de derecho político*, ED. Kapelusz, Bs As, 1973, pg. 45

<sup>1090</sup> DÁVILA ROJAS, J.L.: *La moralidad del poder de castigar. Sobre Michel Foucault, veinte años después*. Universidad de los Andes, Mérida, 2003, pg. 45

<sup>1091</sup> Aquí, la etimología puede ser una ayuda. “Castigar”, de castigare, es un compuesto de castus (casto, puro) y agere (hacer). Castigar a alguien, el volverlo puro, depurado, limpio. El castigo rehabilita: permite el reingreso del suspendido.

una fábrica de delincuentes”. Es una fábrica de delincuentes, dice FOUCAULT, en el doble sentido; en el sentido que uno imagina que son llevados allí para refinar su calidad de delincuentes, pero también, y es lo más importante, porque es la prisión, es decir, la institución prisión, la que constituyó al delincuente como figura: el hombre delincuente es una construcción conceptual y fáctica hecha, por ejemplo, con la ‘ciencia criminológica’, ¿hasta dónde? hasta el punto en que la recalificación del sujeto de derecho por la pena se vuelve educación útil del criminal.

Ahora bien, como hemos venido viendo hasta aquí, y siguiendo a LEWCOWICZ, desde el último cuarto del siglo XX, las naciones se han desvanecido como realidades efectivas. Los Estados tienden a no representar los proyectos nacionales sino a administrar las tendencias generales de los mercados. No ejercen ya la soberanía económica e informativa, que se ha deslocalizado de las entidades políticas reconocibles. “Las identidades se disuelven en tipos universalistas o se crispan en tipos fundamentalistas hasta llegar al presente siglo en que los Estados se han ido desdibujando para constituir lo que se ha denominado como Estado tecnoadministrativo<sup>1092</sup>.

Nos encontramos, definitivamente, en presencia de sociedades desindustrializadas<sup>1093</sup>

---

<sup>1092</sup> Los Estados nacionales ya no constituyen la forma efectiva de organización de la vida social y económica de las masas de población. Los Estados actuales, que tienden a unificarse en mercados comunes que los trascienden son los llamados Estados tecnoadministrativos. Vid LEWCOWICZ. I: *Subjetividad...* Op. cit. pg. 46. Estos Estados han dado lugar también al nacimiento de los Estados tecnorepresores en el contexto de las sociedades de control a las que hemos hecho alusión ya y que es descrito aquí por el profesor venezolano Nelson MENDEZ “(...) desde las democracias “postmodernas” del norte a los gobiernos brutales y corruptos que campean en el subdesarrollo la tentación autoritaria inherente a los aparatos estatales no es el único motivo de expansión de la tecnología informática de vigilancia y control a la gente. La necesidad de aumentar la eficiencia burocrática requerida para imponer y justificar tanto recortes en los presupuestos sociales como represión a los reclamos colectivos en estos tiempos de neoliberalismo, es una fuerza estimulante a la mejora de los medios de identificación y supervisión, que inicialmente se han ensayado en Norteamérica, Japón y Europa Occidental sobre grupos sociales con poco o ningún poder político - como inmigrantes, receptores de la asistencia pública, presidiarios o miembros de rango bajo y medio en las fuerzas armadas - para luego aplicarlos hacia arriba en la escala socioeconómica. En el Tercer Mundo los poderes estatales resultan menos sinuosos en sacar todas las ventajas sobre sus ciudadanos que les permite el uso de las nuevas tecnologías de espionaje, y si no lo hacen en mayor escala es porque, salvo contadas excepciones, han sido gobiernos estructuralmente inútiles para ejecutar estrategias sistemáticas de control político-social que excluyan el tradicional recurso a la abierta violencia física; de este modo, lo notable aquí es que la innovación tecnológica viene a complementar y multiplicar, no a sustituir, los sanguinarios modelos de la represión clásica, como en el terrible ejemplo de la lista de la muerte computarizada en Guatemala a fines de los 80, que decidía las víctimas de los escuadrones de la muerte militares y policiales en base a un software informático”. Vid. MENDEZ, N.: “Capitalismo y estado tecnorepresor en el umbral del siglo XXI” en - *Investigaciones de la Comunicación; N° 9, Instituto de Investigaciones de la Comunicación, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela* 1998, pgs. 183-196

<sup>1093</sup> La desindustrialización es un proceso en el cual el modelo keynesiano de producción comienza a caer en una crisis que posteriormente dio cuenta de un cambio estructural, por lo que se separó así la modernidad del período actualmente llamado posmodernidad o modernidad tardía. Existen tres puntos básicos para hablar de desindustrialización: Caída relativa del empleo industrial y aumento (relativo

El campo de lo social se rige ahora por la lógica del mercado, privatización, descentralización y focalización, constituyen los principios de los nuevos modos de abordaje del conflicto social. Las economías financieras generan excluidos sin capacidad para la competencia pero al mismo tiempo, forman parte de una sociedad global, que necesita cada vez más de la exclusión para sobrevivir como capitalismo tardío<sup>1094</sup>. Como con acierto ha sostenido el Profesor LEWCOWICKZ, el número de actos de consumo puede multiplicarse incluso si decrece el número de consumidores: las expulsiones no la deterioran sino que la potencian. Con todo, los excluidos, en ese contexto, están lejos de encarnar el viejo ejército industrial de reserva del que hablara alguna vez MARX, por la sencilla razón de que ya no representa ninguna función para

---

según la región económica) de las variantes precarias del subempleo. Esto da paso a la caída generalizada de salarios reales. Aumento del sector terciario de la economía (servicios) y desinstalación o reubicación diseminada de los grandes complejos fabriles. Aumento proporcional de la desigualdad interna (entre clases sociales) y externa entre países desarrollados y periféricos.

<sup>1094</sup> En general se observa que las sociedades más equitativas, es decir con una distribución más pareja del ingreso y del bienestar son sociedades con menor criminalidad y violencia, y viceversa, las sociedades muy inequitativas, con una distribución muy desigual del ingreso y el bienestar son sociedades con mayor delito y mayor violencia, además de tener también otros graves problemas sociales. Y nuestros países de América Latina tienen una muy inequitativa distribución del ingreso, situación que, como indican los últimos informes de CEPAL, PNUD y el Banco Mundial, tiende a agudizarse, y no a mejorar. Por otra parte, y en relación con esto, se ha verificado con mediciones en varios países industrializados que existe una correlación inversa entre el número de los delitos contra la propiedad y el consumo per cápita: a mayor consumo per cápita, menos delitos contra la propiedad, y a menor consumo per cápita, más delitos contra la propiedad. Esto ha sido rigurosamente verificado en un estudio ya clásico publicado por el Home Office (Ministerio de Gobierno de Gran Bretaña) con información de Inglaterra y Gales, Estados Unidos, Japón y Francia (FIELD 1990).

Pues bien, Latinoamérica es una región con una muy inequitativa distribución del ingreso –situación que tiende a agravarse– y con grandes grupos humanos en situación de exclusión social con muy reducida capacidad de consumo. El informe Cepal 2000 titulado “La brecha de la equidad. Una segunda evaluación” es clarísima sobre esto. El informe señala que entre 1980 y 1999 la población urbana en situación de pobreza más que se duplicó, creciendo de un total cercano a 63 millones a una cifra que supera los 130 millones, y que este hecho da cuenta del descenso de la calidad de vida en muchas ciudades de América Latina en las dos últimas décadas y que en términos absolutos el número de latinoamericanos y caribeños en situación de pobreza es hoy más alto que nunca: 224 millones.

En cuanto a la distribución del ingreso, el informe indica que persisten elevados niveles de desigualdad y varios países presentan grados de concentración que se encuentran entre los más elevados del mundo. La desigualdad ha tendido a mantenerse en niveles altos en la última década incluso en países donde se han logrado tasas significativas de crecimiento económico, el empeoramiento de la distribución del ingreso en períodos de crisis ha sido la característica más saliente desde fines de la década de los setenta, el único país en el que se registró desconcentración del ingreso fue Uruguay, en todos los otros países de la región la situación empeoró o se mantuvo con la misma inequidad de distribución.

Hay que advertir que no corresponde establecer una relación directa entre pobreza e inequidad y aumento de la criminalidad, y que no existe una única teoría que dé cuenta de todas las formas de criminalidad para todos los sectores sociales en todo momento, sino múltiples teorías que explican porciones de la realidad, que se insertan a su vez dentro de este marco condicionante que hemos descripto. La explicación que da cuenta del hurto o rapiña de los “chicos de la calle”, no es la misma que la que da cuenta del vaciamiento de una empresa o de una institución pública por parte del ministro o funcionario de cuello blanco que se vale para ello de operaciones financieras; aunque en ambos casos los efectos de la economía globalizada neoliberal en materia de delito están a la vista. Vid. al respecto, CARRANZA E.: “Política Criminal y Penitenciaria en América Latina y el Caribe” en *Vigencia de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Reforma Penal Internacional*, ILANUD, Sociedad Cubana de Ciencias Penales. La Habana, 2008. pgs, 18 y 19

el Capital. Cuando el Capital no necesita de la vida de los hombres para poder valorizarse, cuando se valoriza a sí mismo en el mercado financiero, en las apuestas oportunas que realiza en base a la información precisa que detenta sobre los activos empresariales, la burguesía no necesita de los desocupados para bajar los salarios y de esa manera recuperar la caída de su cuota de ganancia. Esa masa marginal estará de más, constituye el sobrante social<sup>1095</sup>. Lo que sobra hay que mantenerlo afuera y, eventualmente, si no se resigna a aceptar con sufrimiento lo que en suerte le tocó, expulsarlo para siempre. Es en estos principios donde la lógica del encierro encuentra tierra fértil para re-fundarse. Así, en estas nuevas sociedades, lo hemos visto, el control es constante, continuo, no se desfaza, siguiendo a DELEUZE: “El marketing es ahora el instrumento de control social, y forma la raza impúdica de nuestros amos. El control es a corto plazo y de rotación rápida, pero también continuo e ilimitado, mientras que la disciplina es de larga duración, infinita y discontinua (...) Es cierto que el capitalismo ha guardado como constante, la extrema miseria de tres cuartas partes de la humanidad: demasiado pobres para la deuda y demasiado numerosos para el encierro: el control no sólo deberá enfrentarse con la disipación de las fronteras, sino también con las explosiones de villas miseria y guetos”<sup>1096</sup>. De manera que, en los albores del siglo XXI, el orden establecido por el mercado no necesita del disciplinamiento para la fijación, ni de la “re-educación útil” para el aparato productivo, tampoco necesita del restablecimiento de la ley sino y, como hemos visto, ahora le resulta “útil” la expulsión de los que no consumen. La nueva situación está caracterizada como un “desierto de desvinculación”<sup>1097</sup>.

La exclusión asume, entonces, una forma de discriminación negativa, que va desde la supresión completa de la comunidad, pasando a la reclusión en espacios cerrados, así coincidimos con SERRA en que ya se vislumbran prácticas que resucitan los extremos más puros de la exclusión: los escuadrones de la muerte, la multiplicación de barrios privados amurallados y vigilados por personal armado en los grandes centros urbanos, los cada vez más numerosos casos de ‘gatillo fácil’. Todo ello basta como muestra para demostrar que las antiguas significaciones del encierro no se han disuelto sino que

---

<sup>1095</sup> Vid. RODRIGUEZ, E.: Op. Cit, pg 7

<sup>1096</sup> DELEUZE, G.: *Conversaciones*, Ed. Pre-textos, traducción PARDO, J. L. Valencia, 1999, pg. 244

<sup>1097</sup> Vid. SCHENQUER, L.: *Reseña crítica: Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*. Ed. Paidós, Bs As, 2004, Vid. también.: *Papeles del CEIC (Revisión Crítica)*, Vol. 2006/1, N° 1, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), Universidad del País Vasco, 2006.



emergen, se “diversifican” a través de nuevas formas”<sup>1098</sup>, así, la prisión de hoy en día, es una de las formas que asume esa expulsión. El Profesor LEWKOWICZ<sup>1099</sup> nos dice con acierto que el agotamiento del Estado como meta-institución dadora de sentido, produce una variedad de efectos. Uno de ellos, entonces, es la variación en el estatuto de los excluidos. El lugar que tienen ellos hoy en prisión no es el mismo que el que les adjudicaba en el Estado Social. No se trata de rehabilitar cuanto de eliminar, de corregir cuanto de segregar. La prisión, se transformó en un “espacio de relegación”<sup>1100</sup>.

El control, se caracteriza entonces por la exclusión, no es reinsertivo, es por excelencia excluyente. En total coincidencia con FERNÁNDEZ VITORES, podemos afirmar que en las prisiones de las sociedades de control no se reforma a los hombres, se les distribuye, facilitando su dispersión y, en última instancia, su desaparición<sup>1101</sup>. En este contexto ya no puede sostenerse que la prisión con su modelo disciplinario reinserta<sup>1102</sup>.

Pues bien, desde hace dos siglos, se ha presentado siempre la prisión como su propio remedio; la reactivación de las técnicas penitenciarias como la manera “reparar” al delincuente; la realización del proyecto correctivo como el único método para superar la imposibilidad de hacerlo pasar a los hechos<sup>1103</sup>, sin embargo y como muy bien lo ha expresado BARATTA, no se puede incluir y excluir al mismo tiempo<sup>1104</sup>.

La prisión actual es la de la mera custodia, la que neutraliza, paraliza, aísla al que, como hemos dicho, ha sido excluido afuera y es excluido luego mediante el encierro. Las prisiones del siglo XXI son, en definitiva y abrumadoramente, espacios de

---

<sup>1098</sup> SERRA, M. F.: Op. Cit pg 115

<sup>1099</sup> Su tesis fundamental gira en torno al agotamiento del Estado pero no en cuanto a una cesación o desaparición objetiva sino en tanto subjetividad y dentro de este contexto se encuentran agotadas también las clásicas instituciones que se sustentaban y que producían subjetividad: las instituciones disciplinarias. De esta manera, LEWKOWICZ afirma que “el agotamiento del Estado-nación como principio general de articulación simbólica trastoca radicalmente el estatuto de las instituciones de encierro. Suponiendo que esto sea así, indagemos las consecuencias, en la escuela y en las instituciones, del agotamiento de esa metainstitución regulatoria. Este agotamiento implica el desvanecimiento del suelo donde se apoyaban las instituciones disciplinarias. El tablero que regulaba los movimientos de las piezas institucionales se desintegra. Sin tablero que unifique el juego, las instituciones se transforman en fragmentos sin centro. Como consecuencia de esto, la consistencia institucional queda afectada. Del encadenamiento transferencial a la segmentación, las instituciones ven alterarse su estatus. Por otra parte, esta alteración describe unas configuraciones que, desarticuladas de la instancia proveedora de sentido y consistencia, se desdibujan como producción reglada.” Vid. LEWKOWICZ, I: *Pedagogía del aburrido*, Ed. Paidós, Bs As, 2004, pg 35

<sup>1100</sup> RODRIGUEZ, E.: *Un depósito para los desechos*, Ed. Librerus, Bs As, 2005

<sup>1101</sup> FERNÁNDEZ VITORES, R.: Op. Cit, pg

<sup>1102</sup> BARATTA, A.: *Criminología...* Op. Cit pg 189

<sup>1103</sup> Vid: FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. cit, pg 277, Vid también PAVARONI-MELOSSI: *Cárcel y...* Op. Cit, pgs. 226, 233; BARATTA, A.: *Criminología...* Op. Cit, pgs 179, 208; MELOSSI, D. “Gazette of morality and social whip: punishment, hegemony and the case of the USA”, *Social and Legal Studies*, Traducción, GIORGI, A. 1993, pgs. 259, 279

<sup>1104</sup> BARATTA, A.: *Criminología...* Op. Cit, pg 197

apartamiento, de postergación, de confinamiento. La que podemos constatar se encuentra atravesada por un “proyecto securitario”, que abandona completamente la finalidad declarada de la “corrección del criminal”, abrazando otros objetivos como legitimación de su propia existencia. Así, encontramos, en la esfera incontrastable de la realidad, por un lado, la retribución del daño generado por el delito a través de la producción intencionada de dolor en el penado, por el otro, y en forma mucho más central, su incapacitación o neutralización durante un lapso de tiempo más o menos prolongado -en el límite, perpetuamente-, de forma tal que no pueda volver a producir delitos, “protegiendo a la ciudadanía”, generando “seguridad”. Objetivos que hacen innecesarios a la mayor parte de los ensambles discursivos y prácticos ligados al proyecto disciplinario que atravesó la prisión moderna.

Como con acierto ha sostenido SOZZO, ni una “prisión-fábrica”, ni una “prisión-escuela”, ni una “prisión-monasterio”, ni una “prisión-familia”, ni una “prisión-asilo” o “prisión-hospital”. Una prisión sólo encierro y aislamiento, reglamentación, vigilancia y sanción. Una prisión “segura”. Una “prisión-jaula” o “prisión-depósito”<sup>1105 1106</sup>. De allí que la frase que escuchamos comúnmente para referirse a los presos ya no sea: “para que aprendan”, sino “para que se pudran” allí dentro. La prisión es el depósito de los pobres, último subterfugio para los excluidos de los excluidos; el último orejón del tarro para los desangelados<sup>1107</sup>. De esta manera, el control sobre los excluidos determina un tipo de penalidad que no busca el reingreso sino la garantía que impida el ingreso. La capacidad de punición del sistema es altamente eficaz. Es casi automática, es, claramente, una forma de eliminación<sup>1108</sup>.

Bien, pero veamos cómo es que la pena de prisión ha mantenido siempre esa suerte de “eterno retorno” que, acontece desde hace prácticamente doscientos años para acá. Hay

---

<sup>1105</sup> En el presente, la materialización paroxística de este tipo ideal son las prisiones de “súper-máxima seguridad” en los Estados Unidos

<sup>1106</sup> SOZZO, M.: Op. Cit

<sup>1107</sup> RODRIGUEZ, E.: Op. Cit, pg 3

<sup>1108</sup> Hacemos alusión aquí no solamente a la eliminación visual que provoca el encierro sino también a las ejecuciones extrajudiciales, a las muertes provocadas en enfrentamientos y en Argentina a la figura de los denominados “desaparecidos de la democracia” Vid. “Violencia institucional: tortura, muertes y desapariciones a manos de las Fuerzas de Seguridad de la Argentina” Informe presentado por la Coordinadora contra la represión policial e institucional CORREPI ante el comité contra tortura de la ONU en <http://www.derechos.org/correpi/violencia.html>

Según VERDÚ, “Más del 90% de los muertos en cárceles y comisarías, de las víctimas de la tortura y el gatillo fácil, son jóvenes pobres. Los fusilamientos perpetrados por las fuerzas de seguridad que se presentan como falsos enfrentamientos, la aplicación sistemática de torturas a detenidos legal o ilegalmente, y las facultades policiales para detener personas arbitrariamente, son las tres modalidades básicas de una forma represiva en democracia” Vid. VERDÚ, M.: *Represión en democracia. De la “primavera alfonsinista” al gobierno “de los derechos humanos”*, Ed Herramienta, Bs As, 2009.

entonces, en el trasfondo, una constante que no puede ser negada y es el modelo selectivo de la prisión, que persiste en estas nuevas sociedades de control: el mismo objeto de manipulación en un esquema que recorre toda la historia punitiva de Occidente.

En los umbrales del siglo XXI, podemos vislumbrar prácticas que resucitan los extremos más puros del ejercicio del descarte<sup>1109</sup>. La pena de prisión puede ubicarse entonces en el punto en que las puniciones universales de las leyes vienen a aplicarse selectivamente a ciertos individuos y siempre a los mismos<sup>1110</sup>; hay que contener, y se contiene mediante la imposición del encierro, esto es lo que hace que la prisión subsista. Con el fracaso de las ideas del tratamiento correctivo en el derecho penal y con el adelanto del neoclasicismo hemos llegado a una situación sumamente grave donde la respetabilidad de imponer dolor ha recuperado su puesto. Infligimos dolor y no nos importa, lo hacemos con la conciencia tranquila<sup>1111</sup>.

Por tanto, la prisión se mantiene y se expande porque responde a un proyecto más amplio que la comprende, quienes y cuántos están hoy en las cárceles son quienes y cuántos estuvieron hace doscientos años<sup>1112</sup>.

## 2-La pena circular

“Yo suelo regresar eternamente al eterno regreso”<sup>1113</sup>, con estas palabras empieza BORGES, su “Tiempo circular” en su obra *Historia de la eternidad*. “*Recuerda que todas las cosas giran y vuelven a girar por las mismas órbitas y que para el espectador es igual verla un siglo o dos o infinitamente*”<sup>1114</sup>. El autor argentino, describe también esa concepción del tiempo circular en *Sonetos al ajedrez*, “Dios mueve al jugador, y éste, la pieza / ¿Qué dios detrás de Dios la trama empieza / de polvo y tiempo y sueño y agonías?”. En La Escritura del Dios teje el mundo de los sueños con el de la vigilia en una infinita urdimbre: “Un día y una noche —entre mis días y mis noches, ¿qué diferencia cabe?— soñé que en el piso de la cárcel había un grano de arena. Volví a dormir, indiferente; soñé que despertaba y que había dos granos de arena. Volví a

---

<sup>1109</sup> SERRA, M.F.: Op. Cit

<sup>1110</sup> DÁVILA ROJAS, J.L.: Op. Cit, pg. 78

<sup>1111</sup> Vid. CHRISTIE, N.: “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno” en *Abolicionismo penal* Ed. Ediar, Bs. As 1998, pg. 128

<sup>1112</sup> Vid. DAROQUI, A.V.: Op. Cit.

<sup>1113</sup> BORGES, J.L.: *Historia de la eternidad*, Ed. Tauro, Bs. As, 1953, pg. 33

<sup>1114</sup> BORGES, J.L.: Op. Cit, pg 34

dormir; soñé que los granos de arena eran tres. Fueron, así, multiplicándose hasta colmar la cárcel y yo moría bajo ese hemisferio de arena. Comprendí que estaba soñando; con un vasto esfuerzo me desperté. El despertar fue inútil; la innumerable arena me sofocaba. Alguien me dijo: No has despertado a la vigilia, sino a un sueño anterior. Ese sueño está dentro de otro, y así hasta lo infinito, que es el número de los granos de arena. El camino que habrá de desandar es interminable y morirás antes de haber despertado realmente"<sup>1115</sup>.

Creemos que es de suma utilidad el pensamiento borgiano para nuestro trabajo, quien desde su visión nos auxilia para el entendimiento de la circularidad infinita de la pena de prisión desde su existencia.

La concepción del “tiempo circular” del que habla BORGES, implica pues que el tiempo no es una concatenación absoluta en la que puede reconocerse un “antes” y un “después”, sino que es un concepto cíclico en tanto el retorno es eterno. La noción de tiempo circular se basa en la repetición cíclica infinita, sin tomar esta imagen como retroceso sino como avance infinito hacia el punto de partida, recorriendo la circunferencia infinita para volver al mismo punto<sup>1116</sup>, y es, para poder idearlo o, entenderlo de alguna manera, este tiempo circular el que pareciera que ha encarcelado a la prisión. Esta circularidad quizás se reduzca, se trate o se traduzca solamente en la funcionalidad de la pena de prisión, de su extraordinaria capacidad de (creación y) recreación, de su poder de someter “al otro”, a su continuidad como pena corporal, así el principio nos lleva al fin y el final al principio, lo dijimos ya, como si el tiempo no transcurriera.

Pues bien, desde que la privación de libertad se constituye en una pena y se reemplaza el patíbulo por construcciones edilicias donde se internan a quienes han sido condenados a prisión, ésta vuelve a ser una pena corporal, es un suplicio, pero ¿de qué hablamos cuando nos referimos al “suplicio”? FOUCAULT, nos dice que es una “Pena corporal dolorosa, más o menos atroz, la justicia persigue al cuerpo más allá de todo sufrimiento posible”<sup>1117</sup> Es que éste es un problema de índole genética, que acompaña a la prisión desde sus orígenes y que nos devuelve, tal como lo dijimos, al principio. De

---

<sup>1115</sup> BORGES, J.L.: *Obras completas*, Ed Eudeba, Bs. As. 1974

<sup>1116</sup> Vid. RÍOS, J.C.: *El tiempo circular, el eterno retorno*, disponible en: <http://www.editorial-na.com/articulos/articulo.asp?art=63>

<sup>1117</sup> FOUCAULT, M.: *Vigilar...* Op. Cit. pg. 41

hecho, por ejemplo, hasta no hace mucho tiempo la legislación mexicana, denominaba “pena corporal” a la pena de prisión<sup>1118</sup>.

Pero veamos estos textos, resulta por demás interesante buscar las diferencias entre ambos:

a) “Yo los he visto desnudos, cubiertos en harapos, no teniendo más que paja para liberarse de la fría humedad del empedrado en que están tendidos. Los he visto mal alimentados, privados de aire que respirar, de agua para calmar su sed y de las cosas más necesarias de la vida. Los he visto entregados a auténticos carceleros, abandonados a su brutal vigilancia. Los he visto en recintos sucios, infectos, sin aire, sin luz, encerrados en antros donde no se encerraría a los animales feroces que el lujo de los gobiernos mantiene con grandes gastos de capitales”<sup>1119</sup>

b) “Una vez que se ingresó a los pabellones se pudo constatar las condiciones degradantes de detención. En efecto, en un espacio distribuido en dos secciones sin ventilación ni luz natural, separadas por un “patio” techado con losa (ladrillos) que impide cualquier filtración de luz o aire, con pisos mojados donde emana de la cloaca líquido fétido, hemos visto cohabitar en total estado de hacinamiento presos en situación de prisión preventiva con condenados, y personas sin dolencias de enfermedades infecciosas con portadores tuberculosis y sífilis. Cabe señalar que además los internos se encontraban descalzos y el calor y el olor que emanaba de las instalaciones tornaba insoportable la permanencia en el lugar”.

La diferencia entre uno y otro texto radica en que el primero hace alusión a un lugar de internación en la Europa de fines del siglo XVII, donde se recluían y se excluían a los pobres, los míseros, los vagabundos y los locos y el segundo corresponde a la

---

<sup>1118</sup> La Constitución Mexicana de 1917 establecía que: “Solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva: El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados: Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán en sus respectivos territorios, el sistema penal - colonias, penitenciarías o presidios-sobre la base del trabajo como medio de regeneración”. Es recién en el año 2008 con las nuevas reformas constitucionales cuando se sustituye el primer párrafo por el siguiente: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados” Vid. al respecto: RAMIRÉZ, J.M.: “La reforma constitucional en materia penal art. 18”, disponible en: <http://www.somecrimnl.es.tl/Juan-Manuel-Ram%EDrez-%ACM-e2-xico%AC.htm>

<sup>1119</sup> FOUCAULT, M.: *Historia...* Op. Cit, pg 80

descripción de una de las celdas de un pabellón correspondiente a la cárcel argentina de Coronda (en la provincia de Santa Fe. Argentina)<sup>1120</sup> en el año 2006.

Y no se trata de una fatal coincidencia, no. La situación edilicia seguramente puede tener variantes, en algunos lugares del planeta las arquitecturas puede que sean menos precarias o más modernas (ello no es sinónimo de que sean más “humanas”), pero ya no se institucionaliza a aquellos que representaban “la dinamita social”<sup>1121</sup> de los siglos XVIII, XIX, y parte del XX, sino a aquellos que representan la “basura social”, los “inútiles para el mundo”<sup>1122</sup> de las últimas décadas; con todo y, en definitiva, los de entonces son los mismos de ahora.

SALILLAS a fines del siglo XIX nos decía que “La maldad de la cárcel tuvo comienzo en la lentitud, incuria y abusos del régimen procesal (...), y en las atribuciones abusivas de los Alcaldes, sin contar la mala condición de los edificios”<sup>1123</sup> En los albores del siglo XXI la preocupación sigue siendo la misma.

Aunque en la etapa histórica en la que nos toca vivir, la privación de libertad, en teoría, no implica la pérdida de la posibilidad de acceso a derechos tales como: “salud, trabajo, educación, recreación, vinculación social, -por tanto el otorgamiento eficiente y oportuno de los mismos no debería ser diferente al que se brinda en sociedad abierta- las supervisiones e investigaciones sobre la prisión han dejado en claro de manera general que los centros de reclusión (...) se han constituido en un contexto adverso a la posibilidad de ejercer tales derechos”<sup>1124</sup>. En verdad, tales derechos tampoco son ejercidos plenamente fuera de los muros, lo hemos constatado con las estadísticas penitenciarias que ponen en evidencia quienes son los que finalmente son sujetos de la pena privativa de libertad. Así, las prisiones latinoamericanas están habitadas por desventurados, por descartados<sup>1125</sup>; en Europa por inmigrantes y excluidos, en EE.UU por población latina, afroamericana, en definitiva están habitadas por aquellos que no han sido invitados a quedarse, ni afuera ni adentro, pero la estancia en uno u otro lugar siempre es precaria, provisoria y se torna en un círculo vicioso de exclusión-reclusión.

Como bien lo sostiene MESSUTI, y como le hemos visto con anterioridad, la privación de libertad consiste entonces, antes en exclusión, en el sentido de separación de la

---

<sup>1120</sup> MONDINO, E.: Op. Cit. , pg 124

<sup>1121</sup> COHEN S.: *Visiones de control social*, Ed. PPU, Barcelona, 1988.

<sup>1122</sup> CASTEL R.: *La metamorfosis de la cuestión social*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1997

<sup>1123</sup> Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal en España.*, Madrid, 1888, pgs. 383 y 384.

<sup>1124</sup> ROMERO, J.A.: “Dos propuestas para superar la parálisis paradigmática penitenciaria” Conferencia pronunciada en el Foro: “Derechos humanos y prisión en el siglo XXI” Colima, México, 2008. Disponible en [www.terragnijurista.com.ar](http://www.terragnijurista.com.ar)

<sup>1125</sup> Vid. NEUMAN, E.: *Los que viven del delito y los otros*, Ed. Temis Bogotá, 1999, pg 26

sociedad, que en privación de libertad propiamente dicha. Conceptualmente, sostiene la autora citada, es posible desdoblar la privación en dos momentos: la separación de la sociedad, es decir, la exclusión, y el encierro, es decir, la privación de libertad<sup>1126</sup>. Tal y como lo afirma la autora argentina “Parecería que la exclusión lleva consigo la exclusión del reconocimiento del excluido como perteneciente al grupo social. Y en ese sentido es pertinente la consideración de este tema en el contexto de la libertad. Privación de la libertad, exclusión, des-conocimiento del miembro del grupo social (...)La cárcel en la sociedad post-moderna cumple una función mucho más clara y precisa que antes, no hace nada más que llevar a las últimas consecuencias las tendencias excluyentes. El espacio social queda nítidamente demarcado, así como quedan señalados quienes salen de ese espacio para ingresar al otro, al espacio carcelario donde el espejismo de la inclusión ya ha quedado conjurado”<sup>1127</sup>.

Como tal, como exclusión, entonces, la pena de prisión se vivifica en los albores del siglo XXI. Entonces, para responder a la pregunta: ¿qué significa la expresión "privación de la libertad"?, hay que observar cómo se traduce en la práctica esa pena, tal y como lo afirma MESSUTI: en qué condiciones se desarrolla su ejecución. Y serán esas condiciones las que indicarán qué significa "privación de la libertad". “Cuando esas condiciones sean de una precariedad extrema, que favorezca el contagio de enfermedades, alteraciones físicas y psíquicas de todo tipo, e incluso la muerte, por privación de la libertad ha de entenderse el sometimiento del condenado a esas condiciones de precariedad extrema y, por consiguiente, a todos los sufrimientos que ellas suponen. Varias veces se ha señalado la analogía entre las prisiones y los campos de concentración. Para los nazis convivir con Auschwitz no era intolerable. Tenían una filosofía que lo justificaba. No sólo había un conjunto de creencias que les permitían convivir con el horror, sino un conjunto de leyes que legitimaban esa convivencia”. Cabe preguntarse entonces, nos dice MESSUTI: ¿cuál es la filosofía que nos permite a nosotros convivir con el horror? ¿Qué nos induce a proseguir pasivamente esa convivencia, cuando ya no tenemos leyes que la amparen? Más aún, cuando nuestras leyes expresamente la prohíben ¿Puede decirse que nosotros también nos amparamos en una filosofía, basada, por ejemplo, en el "mito de la pena", en el "sentimiento de justicia"? ¿O serán sólo los motivos prácticos, como la seguridad, el deseo de imponer el orden, de eliminar la incertidumbre en la vida cotidiana, lo que nos lleva a admitir

---

<sup>1126</sup> MESSUTI, A.: *La justicia...* Op. Cit.

<sup>1127</sup> MESSUTI, A.: *El tiempo...* Op. Cit, pgs. 71, 72

pasivamente la violación de los derechos humanos? la convivencia con las penas viene de muy lejos: ahora convivimos con las cárceles como nuestros antepasados convivieron con los suplicios, y en muchos países seguiremos conviviendo con la pena de muerte (extraña continuidad entre el pasado y el presente, la pena extrema ha permanecido como elemento común en el tiempo). La conciencia de esa continuidad, a través de un pensamiento que rememora, debilitará los fundamentos en que se sustenta aún la pena. Nos hará notar su dimensión histórica, Permitirá no dar por aceptadas como estructuras inevitables las soluciones que ahora nos impone el sistema penal. Nos llevará a preguntarnos si estamos dispuestos a seguir heredando toda la mitología de la pena, la concepción del mal y de la expiación, como si fueran, en lugar de creencias que hemos recibido de la tradición religiosa y cultural, estructuras eternas e inamovibles. El reconocimiento de aquello que nos ha sido transmitido como algo que nos ha sido transmitido, nada más, responde también a un proceso de secularización del pensamiento<sup>1128</sup>.

BLANQUI, traducido por BORGES, decía: “*No imaginemos la materia infinita, como lo hizo Epicuro; imaginémosla finita. Un número finito de partículas no es susceptible de infinitas transposiciones; en una duración eterna, todos los órdenes y colocaciones posibles ocurrirán un número infinito de veces. Este mundo, con todos sus detalles, hasta los más minúsculos, ha sido elaborado y aniquilado, y será elaborado y aniquilado: infinitamente*”<sup>1129</sup>. Entonces, el sometimiento de unos hombres a otros hombres, el dolor que provoca dolor, el sufrimiento-que es la pena- que provoca sufrimiento, los victimarios que son víctimas, son sin duda, emanación de una circularidad histórica, o intrínseca, no hay rupturas. Ayer y hoy: exclusión, es la palabra clave.

### **3-¿Resuelve la pena de prisión conflictos sociales?**

Toca ahora preguntarnos si la pena de prisión resuelve conflictos, pues ante el abuso que se hace de ella, y los cuestionamientos sobre esta situación, se responde que es la forma-por tal excesivo uso pareciera ser la única- de resolver conflictos sociales.

---

<sup>1128</sup> MESSUTI, A.: “Derecho penal y derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena”. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,86,0,0,1,0>

<sup>1129</sup> BLANQUI, L.A: *L’ eternité par les astres*, Ed. Lumier, París, 2008; BORGES, J.L.: *Obras...* Op. Cit. pg 33



Pero bien, antes de seguir avanzando debemos preguntarnos: ¿qué se entiende por conflicto social? GINER lo define como: “La lucha por los valores y por el status, el poder y los recursos escasos, en el curso del cual los oponentes desean neutralizar, dañar o eliminar a uno de los rivales. Un conflicto será conflicto social cuando proceda de la propia estructura de la sociedad”<sup>1130 1131</sup> Afirma que el hombre muestra ciertas características de agresividad para conseguir sus deseos, pero dicha agresividad está definida también de modo sociocultural. La estructura social y el peculiar modo de organización de la vida comunitaria pueden neutralizar o estimular la agresividad, por lo que no puede hablarse solamente de agresividad del individuo sino de agresividad estructural y cultural de la sociedad que determina los conflictos de integración social. El conflicto social, se caracteriza entonces, por la agresividad no canalizada por ningún sistema de convenciones que sea capaz de excluir las conductas hostiles. DAHRENDORF<sup>1132</sup> insiste en que la clave estructural del conflicto social es el poder, que se basa en la desigual distribución de la autoridad entre personas y grupos de la sociedad. “Podemos aceptar que generalmente el conflicto gira en torno al poder, pero dicho poder se ejerce para establecer control sobre bienes y servicios (salarios, mejora en las condiciones de trabajo, menos discriminación social, etc.) y que el poder toma formas muy sutiles que escapan a esquemas claramente coactivos (...) No obstante, poder social y poder económico tienen grandes nexos de unión y se autoimplican sostiene GINER<sup>1133</sup>.

En este marco, los conflictos que sucedan permanecerán regulados por medio de instituciones sociales de contención, y aquí es menester tener presente que las políticas criminales de los Estados occidentales parecen haberse reducido al ámbito punitivo, lo

---

<sup>1130</sup> GINER, J: *Conflicto social (teorías del)*, Valencia, 2005.

<sup>1131</sup> Por otro lado, DURKHEIM define el conflicto social como el efecto patológico de un debilitamiento de la solidaridad social, que tiene como consecuencia la sustitución de la cooperación por la competencia. MERTON a su vez sostiene la necesidad de distinción entre un infractor y una conducta desviada, tal distinción es útil también para ver la diferencia entre: conflicto social y desviación social. Esta diferenciación se podrá sustentar sobre las siguientes bases: El conflicto social, derivaría de una respuesta no conformista o rebelde, respecto de las normas. Es decir, no solo consistiría en una infracción a las normas, sino además en la pretensión de cambiarlas. Pero además habría que añadir una nota de orden político, o sea, que sea guiado por cierta “concepción ideológica” Así, con estas diferencias, basadas en un elemento positivo (querer cambiar las normas) y en un elemento político (el impulso de cierta concepción ideológica), se pondría deslindar los dos campos y evitar la identificación del ‘conflicto social’ con ‘desviación social’. Vid. MERTON, R.: “El conflicto social en torno a los estilos de la obra sociológica”. *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. V, No. 2, Traducción de GONZÁLEZ, J.E. Ed. RP 1961; DURKHEIM, E.: *Escritos Selectos. Introducción y selección de Anthony Giddens*. Traducción FIGUEROA, R. Buenos Aires:, Ed. Nueva Visión, 1993

<sup>1132</sup> DAHRENDORF R.: *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Ed Rialp, Madrid, 1979

<sup>1133</sup> GINER, J: Op. Cit, pg 1

que se encuentra estrechamente vinculado, como bien lo sostiene ZÚÑIGA RODRIGUEZ, con que “la decisión sobre la conducta criminal finalmente es una cuestión de poder y contextos sociales”<sup>1134</sup> lo que tampoco constituye un fenómeno nuevo y se traduce en definitiva, en una política punitiva inflacionaria, que hace de la pena de prisión una realidad omnipresente, como hemos visto ya.

Los primeros años del último tercio del siglo XX fueron testigos de una crisis doctrinal generalizada de la pena de privación de libertad, en tal línea y acertadamente ha sostenido VILLARES FALCÓN que las penas de prisión constituyen un fracaso histórico: no solamente no socializan, sino que, a partir de las investigaciones sociológicas desarrolladas desde el enfoque del interaccionismo simbólico<sup>1135</sup>, se han aportado valiosos datos para demostrar lo contrario. En tal sentido, trabajos desarrollados han puesto de manifiesto los efectos deteriorantes de la prisionalidad. Por otro lado, es dable advertir que las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino, también, para sus familias; especialmente cuando el internamiento

---

<sup>1134</sup> ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L: *Política criminal*, Op. Cit, pg 138

<sup>1135</sup> El Interaccionismo simbólico es una de las corrientes de pensamiento microsociológica, relacionada también con la antropología y la psicología social, que se basa en la comprensión de la sociedad a través de la comunicación y que ha influido enormemente en los estudios sobre los medios. El Interaccionismo simbólico se sitúa dentro del paradigma interpretativo. Éste, analiza el sentido de la acción social desde la perspectiva de los participantes. Este paradigma concibe a la comunicación como una producción de sentido dentro de un universo simbólico determinado. De acuerdo con BLUMER, autor que acuñara el término, sus principales premisas son: 1. Las personas actúan sobre los objetos de su mundo e interactúan con otras personas a partir de los significados que los objetos y las personas tienen para ellas. Es decir, a partir de los símbolos. El símbolo permite, además, trascender el ámbito del estímulo sensorial y de lo inmediato, ampliar la percepción del entorno, incrementar la capacidad de resolución de problemas y facilitar la imaginación y la fantasía. 2-Los significados son producto de la interacción social, principalmente la comunicación, que se convierte en esencial, tanto en la constitución del individuo como en (y debido a) la producción social de sentido. El signo es el objeto material que desencadena el significado, y el significado, el indicador social que interviene en la construcción de la conducta. 3- Las personas seleccionan, organizan, reproducen y transforman los significados en los procesos interpretativos en función de sus expectativas y propósitos. Otras premisas importantes son: que la distinción entre conducta interna y externa presupone que el individuo se constituye en la interacción social (formación del yo social autoconsciente), y que no es posible entender el yo sin el otro ni a la inversa, y que los grupos y la sociedad se constituyen sobre la base de las interacciones simbólicas de los individuos al tiempo que las hacen posibles.

En conclusión, el interaccionismo simbólico, partiendo de un método de estudio participante, capaz de dar cuenta del sujeto, concibe lo social como el marco de la interacción simbólica de individuos, y concibe la comunicación como el proceso social por antonomasia, a través del cual, se constituyen simultánea y coordinadamente, los grupos y los individuos. Vid. BLUMER, H.: *El interaccionismo simbólico, perspectiva y método*, Ed. Hora DL, Barcelona, 1984; Vid también: *El interaccionismo simbólico*, disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Interaccionismo\\_simb%C3%B3lico](http://es.wikipedia.org/wiki/Interaccionismo_simb%C3%B3lico)

representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia. Asimismo, y sobre todo respecto del ámbito de la criminalidad no grave, a la víctima del delito no le importa – o no le importa primordialmente – la respuesta carcelaria que ofrece el sistema penal; observándose ciertas tendencias a una preferencia por construir la respuesta frente al delito a partir de consecuencias que no signifiquen – como ocurre en el modelo del derecho penal convencional – la internación de quien delinquiró. El problema carcelario refleja con mayor notoriedad, a nuestro modo de ver, esa penosa y precaria legitimidad de la acción represora del Estado. Por lo general, el conflicto social es criminalizado con el agravante de que se ha resuelto tratar los problemas utilizando la cárcel como remedio. Sin embargo, la historia de la cárcel es, sin duda, más cruel y humillante que la propia historia o naturaleza de los delitos. Los gobiernos han pretendido recurrir de modo insistente al mecanismo primario de la privación de la libertad para tratar y manejar la casi totalidad de los conflictos sociales progresivamente penalizadas. La experiencia bien permite asegurar que, dado el proceso de degradación y muerte lenta al que se somete a los reclusos, una cárcel no es menos horrenda que cualquier otra técnica de ejecución. En eso se han convertido las cárceles a causa de la desidia de las autoridades que abandonan a su propia suerte a quienes son condenados a penas de prisión. Los culpables de hechos punibles, afirma VILLARES FALCÓN, siendo victimarios se convierten en víctimas, porque la forma de aplicar el castigo entraña una mayor forma de crueldad que las mismas faltas. Así, el Estado se vuelve tan criminal como aquel a quien ha juzgado, afirma con certeza el autor citado. El acto de injusticia que se enrostra al sindicado se repite con él cuando se ordena su confinamiento en sitios donde la dignidad no será reconocida o, mejor, en sitios donde habrá de recibir el trato cruel que suele darse a “las bestias capturadas”<sup>1136</sup>.

Se hace entonces necesaria una “toma de conciencia”. Hemos llegado a un punto en el que se acude al derecho penal, concretamente a la pena de prisión, como si fuera el remedio para todos los males sociales, cuando bien sabemos que el derecho penal no resuelve nada, no ha resuelto nunca ningún conflicto, salvo por azar<sup>1137</sup>. Así y en

---

<sup>1136</sup> Vid: VILLARES FALCÓN, R.: *Crisis del sistema penitenciario*, Universidad de La Habana, La Habana, 2009

<sup>1137</sup> Tal y como lo sostiene ZAFFARONI “Con el Código Penal no puedo resolver nada. ¿Qué resolvió el hombre en la historia con el Código Penal? Emergencias. Las brujas, los herejes, la tuberculosis, la sífilis, la droga ¿Resolvió alguna cosa? No resolvió nada, absolutamente nada. Algunas se resolvieron por sí mismas, el tiempo las disolvió. Otras fueron resueltas por otros medios, la tuberculosis por la citomicina, la sífilis por la penicilina, los herejes ya no son problema, la droga no la resolvió nadie. Pero el Código Penal, la ley penal, la Inquisición, no resolvió nada. Sí ejerció poder, pero para otros fines” Vid: ZAFFARONI, E. R: “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la

consonancia con BARATTA podemos afirmar que “El sistema punitivo produce más problemas de los que pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos. El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por el modo en que funciona, es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en su discurso oficial, funciones que son centrales a la ideología de la defensa social”<sup>1138</sup>. Refiriéndonos concretamente a la prisión, debemos decir que es sin duda uno de esos problemas que añade –y no que resta– el sistema punitivo. Una vez construidas son irreversibles, además son insaciables, inhumanas, contradicen los valores básicos y no ayudan a las víctimas<sup>1139</sup>. Entonces y en este punto, volvemos a preguntarnos: ¿resuelve la pena conflictos sociales? para poder evacuar esta pregunta es menester, por tanto, tener presente, también y fundamentalmente, a la víctima.

### 3.1) La víctima

El sistema punitivo, a través concretamente de la pena, no es un modelo de solución de conflictos desde el momento mismo en que a la víctima se lo han expropiado, es decir, desde que se ha suprimido a una de sus partes. Como con acierto lo ha sostenido ZAFFARONI, “Desde la expropiación irreversible del derecho de la víctima y de la consiguiente exclusión del sujeto pasivo del protagonismo procesal, reemplazado por un funcionario que representa los intereses del “soberano” o por el mismo el juez, es decir, desde los siglos XII o XIII, no es un modelo de solución de conflictos . De allí la funcionalidad de un discurso legitimante que le brinde un aparato de pautas decisorias que a través de la racionalización justificadora, asuman apariencia de pautas de soluciones”<sup>1140</sup>.

Así, el Estado, al hacerse cargo totalmente del poder penal, tomó en sus manos el elemento más poderoso en materia de control social. La víctima real y concreta fue reemplazada por otra abstracta y simbólica, en un momento histórico en el que al

---

lógica del carnicero responsable)” en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* N° 3, Ed. Di Plácido, Bs As, 2003, pg. 2

<sup>1138</sup> BARATTA, A.: “Principios de derecho penal mínimo” en *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Ed. F de B, Buenos Aires, 2004, pg. 301

<sup>1139</sup> MATHIESEN T.: “Diez razones ...” Op Cit pg 20

<sup>1140</sup> ZAFFARONI, E. R.: *En busca de...* Op. Cit , pg 190

derecho le interesaba poco y nada el individuo como tal. Una vez que el Estado ocupó su lugar, no sólo le quitó sus derechos sino que asumió la posibilidad de ir más allá del daño real sufrido, incluso en contra de sus deseos<sup>1141</sup>.

El modelo de solución de conflictos fue reemplazado por el de decisión, que se resolvía por la *inquisitio*, conforme a la mutación del paradigma general del saber. “La disciplina debía establecerse por actos de poder verticalizantes: los conflictos no afectaban a la víctima sino al soberano. Pasaron a ser faltas disciplinarias contra el monarca que necesitaba una población a sus órdenes y, al mismo tiempo, descubría que el modelo punitivo era una considerable fuente de ingresos que le permitía confiscar fortunas y forzar a los nobles a pagar multas para liberarse de las penas atroces. Cuando el conflicto dejó de ser lesión contra la víctima para pasar a ser delito contra el soberano, es decir cuando su esencia mutó de lesión a un ser humano a ofensa al señor, se desprendió de la lesión misma y se fue subjetivizando como enemistad con el soberano. La investigación de la lesión al prójimo fue perdiendo sentido, porque no se procuraba reparación sino neutralización del enemigo del soberano”<sup>1142</sup>

Con la confiscación de las armas y los litigios en manos de unos pocos poderosos, aparecieron también una serie de fenómenos que FOUCAULT describe como el gran saber de indagación que organizó la edad media a partir de la confiscación estatal de la justicia y que consistía en obtener los instrumentos de reactualización de hechos a través del testimonio. El procedimiento ha quedado sobre los seres humanos. El imputado y la víctima han pasado a ser objetos, de indagación, de prueba, de verdades. Han quedado subordinados al poder del inquisidor, a la búsqueda de una verdad histórica. Él es quien perseguirá y juzgará. Él es el dueño del proceso<sup>1143</sup>.

Es decir que, el sistema penal, y más aún, la pena privativa de libertad, difícilmente puedan resolver determinadas situaciones, por el contrario, incrementan el dolor, producen un efecto disparador de otras situaciones iguales o más complejas, provocando al mismo tiempo el desamparo de la víctima, que es dos veces martirizada, una vez por el delito mismo, la segunda por el mismo sistema penal, porque no sólo le han confiscado su dolor, sino que por el contrario, la han dejado sin respuesta que haga precisamente de su dolor menos dolor. Es que, de esta manera, podemos afirmar, la pena de prisión diluye el conflicto, o más bien lo disuelve en el tiempo, lo posterga en

---

<sup>1141</sup> Vid. FINOCHIETTI, M. D.: *Mediación, conciliación y sistema penal*. Inédito

<sup>1142</sup> ZAFFARONI, E.R.-ALAGIA, A. -SLOKAR, A.: *Derecho penal...* Op. Cit 235

<sup>1143</sup> FOUCAULT, M.: *La verdad...* Op. Cit, pg 72; Vid también: GORRA, D.: *Reflexiones sobre la víctima en el proceso penal y frente a la teoría del delito*, Ed. Universidad de San Luis, San Luis, 2007

esos sitios que llamamos prisiones, olvidando a una de las partes del mismo, -olvidando a la víctima- y encerrando a la otra, como si el muro de la prisión se constituyera en un muro de silencio durante algunos años, y como si el silencio fuera capaz de acallar precisamente, el conflicto. La pena de prisión cumple entonces con ese objetivo también: silenciar el conflicto. Aunque éste se reproduzca ad infinitum fuera de los muros, pues es el mismo seno social quien lo engendra.

Luego, se construyen más cárceles, se buscan penas más duras, pero no se brinda apoyo a las víctimas, apoyo que para MATHIESEN, podría manifestarse de diversas formas: “compensación económica (del Estado) cuando eso sea la cuestión, un sistema de seguro simplificado, apoyo simbólico en situaciones de pesar y tristeza, lugares protegidos donde las víctimas que necesitan protección puedan obtenerla, centros de apoyo para mujeres golpeadas, y así en más lo que sin duda sería muy eficiente para el desmantelamiento del sistema. Las víctimas no obtienen nada del sistema actual<sup>1144</sup>.

Concretamente, la pena privativa de libertad es la única coerción jurídica que no busca la reparación, y aquí es donde debe prevalecer el principio sostenido por BARATTA: la primacía de la víctima. Darle el protagonismo que le corresponde en ese escenario penal en el que siempre ha cumplido un papel secundario, aunque una vez provocado el daño éste es irreversible y no puede volverse la situación al mismo estado anterior sí es factible abrir camino hacia soluciones que permitan despenalizar situaciones que sin duda no hacen más que anquilosar un sistema punitivo que crece en forma titánica. Al aparecer el delito, como interacción entre autor y la víctima en el espectro social,<sup>1145</sup> se comienza a hablar de la importancia de la presencia de quien ha sido sujeto pasivo de un delito en el proceso. Ahora bien, hasta los años sesenta del siglo XX, las ideas político-criminales desarrollaron un sistema basado en su neutralización. Es que precisamente en esos años se produce una suerte de apertura en el pensamiento penal, inclusive en la dogmática jurídico penal, la que por cierto, era bastante hermética

Con todo, bien es cierto que con posterioridad, se produce una etapa de revalorización del rol de la víctima, un espíritu de que el sujeto pasivo del delito pueda participar de un procedimiento de adhesión. La evolución revierte la tendencia orientada a suprimir al acusador particular y así, en otro estadio temporal, se le reconoce a la víctima plena

---

<sup>1144</sup> MATHIESEN, T.: “Diez razones para no construir...” Op. Cit, pg. 15

<sup>1145</sup> Conceptos expuestos por Hans Von HENTIG en el año 1941. Este criminólogo alemán, propuso una importante clasificación con tipos psicológicos y clasificación de víctimas o personas victimizables.

participación configurándose su ingreso al proceso penal ya sea como querellante conjunto, adhesivo, subsidiario, exclusivo o particular<sup>1146</sup>.

En esta orientación “se destaca el rescate del “rol de la víctima” reconociéndola efectivamente como legítima interesada en el resultado del proceso<sup>1147</sup>, porque

---

<sup>1146</sup> Vid. VON HETIF, H.: *El delito*. Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1971

<sup>1147</sup> Es menester tener presente aquí a los sistemas reparatorio y el punitivo: La diferencia entre ambas coerciones proviene de la dispar naturaleza abstracta de los modelos a que responden: en tanto que el modelo reparatorio o reparatorio es de solución de conflictos, el punitivo es de decisión de conflictos que no resuelve sino que, como se ha dicho, los suspende en el tiempo. La extensión del primero amplía el número de conflictos resueltos; la del segundo extiende el margen de puros actos unilaterales del poder, deja más conflictos sin resolver y deteriora la coexistencia Vid. ZAFFARONI, R.E- ALAGIA. A – SLOKAR. A.: *Derecho...* Op. Cit. pg 47 El derecho reparatorio es una expresión de solidaridad que se fundamenta en la existencia de diferencias recíprocas y complementarias, por ello, en definitiva, restituir el daño significa la reintegración o devolución voluntaria o compulsiva de una cosa al estado que antes tenía. En el mismo sentido, el resarcimiento del daño implica la indemnización o compensación valorable en dinero de un perjuicio físico, patrimonial o moral, ello, da lugar a una obligación de carácter civil que puede establecerse convencional o judicialmente -Cfr. TICAS, P.: *Pena y delito en menores infractores*, Ed. La Pluma, El Salvador, 2005, pg. 56 -compatible con la aplicación de un derecho penal mínimo.

Como lo afirma la Profesora FINOCHIETTI “Dada la complejidad de las interacciones que existen en la trama social, hay infinidad de situaciones litigiosas que se encuentran en una zona límite, difusa; hechos en los que no está claro que la conducta desplegada caiga bajo una sanción penal o donde la ausencia de pruebas anticipa el fracaso inexorable del proceso penal. En estas situaciones, si la víctima acude al sistema y realiza una denuncia, una vez ingresado en la maquinaria judicial, su problema será procesado en forma totalmente inadecuada y terminará simplemente siendo expulsado (archivado, reservado, desestimado, prescripto) sin que la persona afectada haya logrado ninguna respuesta” Vid. FINOCHIETTI, M. D Op. Cit. pg. 98

Una más rigurosa medición de la criminalidad, mejor conocimiento de la “cifra negra”, así como un mayor acercamiento a la interacción víctima- victimario –y en esto han sido muy importantes los aportes realizados por la victimología- han llevado a pensar y aceptar nuevas formas de resolución del conflicto que surge del fenómeno delictual, como la mediación y la conciliación. FINOCHIETTI, M. D Op. Cit. pg 100 La mediación es un proceso en el cual las partes en conflicto, asistidas por un tercero neutral, se reúnen para encontrar opciones, considerar alternativas que hagan viable una solución o acuerdo que se ajuste a sus necesidades. La Conciliación es un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, por el cual las personas se valen de la intervención de un tercero para que los asista en la solución a un conflicto. En el fondo, la conciliación es una negociación asistida, donde las partes buscan dar una solución satisfactoria permitiendo, en forma concertada, la intervención de un tercero, que tenga la capacidad de proponer fórmulas conciliatorias, fomentado en todo el momento del proceso la comunicación entre las partes. Vid. BETETA SALAS, C.: “Principio de Oportunidad. La Conciliación en el proceso penal” en *Revista de Práctica Jurídica*, Lima, 2007.

La solución restaurativa le ofrece a la víctima la oportunidad de ser oída al momento de resolver con relación a su conflicto. Le da la ocasión de decidir respecto del mismo, con la asistencia de un tercero imparcial que le garantiza seguridad, confidencialidad y equilibra el poder frente a su victimario. Desde un punto de vista victimológico, obtener una respuesta a sus preguntas con relación al hecho vivido hará que se recupere mejor de su experiencia traumática y le ayudará a superar sus temores. Le da la posibilidad de lograr una reparación, entendida ésta no sólo como un resarcimiento económico –que también puede darse- sino como algo más integral que puede incluir el pedido de disculpas de su ofensor o el compromiso de éste de cumplir con algo que le resulte satisfactorio (tarea comunitaria, retomar estudios, compromiso de no reiterar ciertas conductas, etc.). Vid.: FINOCHIETTI, M. D Op. Cit., pg. 67; NEUMAN E.: *Mediación y Conciliación Penal*, Ed Depalma, Buenos Aires. 2005

En palabras de LLOBETO RODRIGUEZ, en la justicia restaurativa se dice que el hecho delictivo se concibe como un quebramiento a la paz. De acuerdo con ello, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello, tan pronto como sea posible. Desde esa perspectiva se le asigna al Estado la obligación de preservar un orden justo y a las comunidades, en cuanto intervienen en la mediación propia de la justicia restaurativa, el restablecimiento de la paz. Así, se ha tendido a mencionar diversas etapas históricas con respecto a la consideración de la víctima, indicándose que una

precisamente ostenta un derecho que emerge de la propia y cierta conformación del ilícito<sup>1148 1149</sup>.

Devolverle el conflicto a la víctima es sin duda un paso adelante en la descompresión punitiva. Aunque ha habido algunos indicios en este sentido, lo cierto es que en definitiva, el sistema punitivo carece de respuestas, tal como está concebido para la aflicción y el dolor, provocado por el delito. Por el contrario, provoca más dolor, y produce más conflicto. Sin embargo, así es compatible con el contexto que hemos evidenciado hasta aquí.

#### **4- El “nuevo” gran encierro. La inflación penitenciaria**

El criminal es, en las sociedades del siglo XXI, el enemigo social. Esta idea aparece con mucha claridad en todos sus teóricos y también figura en ROUSSEAU, quien afirmaba que el criminal es el individuo que ha roto el pacto social. El crimen y la ruptura del pacto son nociones idénticas, por lo que bien puede decirse que el criminal es considerado como un enemigo interno. La idea de criminal como aquel individuo que rompe el pacto que teóricamente había establecido con la sociedad es una definición

---

primera es la de su protagonismo, luego se da la neutralización de la misma, en la que es separada de la forma de solución del conflicto, el que se convierte exclusivamente en un conflicto autor-Estado, y una tercera etapa que se ha denominado como de renacimiento del interés en la víctima, que tiene entre sus facetas el otorgarle protagonismo en la solución del conflicto, propiciando la conciliación víctima-autor y la reparación del daño. Con respecto a ello, un Grupo de Expertos de la ONU elaboró en 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal:

*“La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso. Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto”* Asimismo afirma LLOBETO RODRIGUEZ, que dentro de las ideas fundamentales en que se basa la justicia restaurativa se encuentra la concepción de que el delito produce un conflicto, en el que los participantes son fundamentalmente el autor y la víctima, siendo la mejor forma de solución del conflicto el acuerdo entre ambos participantes, logrado a través del diálogo entre ellos. Es importante resaltar los puntos de contacto de esta concepción con el abolicionismo, que, como hemos visto, ha sido defendido principalmente en Europa, en los países escandinavos, habiendo tenido también una recepción de importancia en Latinoamérica. La relación entre las ideas de justicia restaurativa y las del abolicionismo penal, es clara, en cuanto éste último ha reclamado en contra de la apropiación del conflicto por el Estado y ha abogado que éste sea devuelto a las partes del conflicto, de modo que se posibilite un acuerdo entre ellas, a través del diálogo.<sup>1147</sup> LLOBETO RODRIGUEZ, J.: “Justicia Restaurativa y la protección de la víctima”, en *Libro Homenaje a Julio Maier*, Buenos Aires, 2005, pg. 873 y sgs.

<sup>1148</sup> PARMA, C.: *La víctima en el proceso penal*. Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, pg 64

<sup>1149</sup> Con justa razón se ha afirmado que se hace imperioso cumplir con el mandato constitucional respecto del diseño de proceso, sosteniéndose que el único que se adecua a ello es el modelo acusatorio. En base a ello y otras consideraciones, “corresponde asegurar de un modo efectivo la participación de la víctima en el proceso”



nueva y capital en la historia del crimen y de la penalidad”<sup>1150</sup> En consonancia, HOBBS, sostuvo que quien queda fuera del contrato, quien se aparta de él, “puede ser eliminado sin injusticia”<sup>1151</sup>. Así es que si bien el afán por eliminar sino físicamente, al menos sí visualmente, al “enemigo”, es producto de la Europa del siglo XVIII, el fenómeno del “gran encierro”<sup>1152</sup> está hoy más que vigente.

¿Y por qué hacemos esta afirmación? Es que tenemos el firme convencimiento de que la visión (que reiteramos no es original sino que corresponde al siglo XIX) del criminal como enemigo social, es un concepto que ha sido barnizado, permitiéndose su retorno con renovados aires, entonces se recurre a todos aquellos medios que permiten su neutralización, y para poder legitimar la puesta en práctica de esos medios, se acude a la figura del “estado de emergencia” -lo que tampoco es nuevo-, con un deterioro de las clásicas garantías del derecho penal liberal, así PARMA sostiene que “(...)debido a la marcada preponderancia de supuestas razones de eficiencia en el derecho penal de la emergencia hay una despreocupación absoluta por las garantías personales. Por ello es siempre anti-liberal y anti-garantista, contrariamente al derecho penal propio de un Estado de derecho que es esencialmente liberal y garantista”<sup>1153</sup>. Esto entonces, permitirá la persecución del criminal como el enemigo social al que habrá que combatir al costo que sea, en aras de la preservación de la seguridad ciudadana<sup>1154 1155</sup> todo mediante el nuevo “gran encierro”.

---

<sup>1150</sup> FOUCAULT, M.: *La verdad...* Op. Cit pg. 92

<sup>1151</sup> HOBBS, T.: *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pg 53.

<sup>1152</sup> Es el fenómeno en torno al cual gira la obra de FOUCAULT *Historia de la locura*. El gran encierro consistía en la institucionalización de los sitios de confinamiento, allí se recluirían no solamente a los locos, sino también a los mendigos, los delincuentes, los díscolos, a todos aquellos que significaran un entorpecimiento para el establecimiento del nuevo orden social burgués. Era en definitiva una técnica de aislamiento, de separación, de ocultamiento.

<sup>1153</sup> PARMA, C.: *Derecho Penal Posmoderno*, Ed. Ara. Lima., 2005, pg 24

<sup>1154</sup> Seguridad ciudadana que no es otra cosa que la doctrina de la seguridad nacional barnizada.

<sup>1155</sup> En este contexto que venimos describiendo como lo ha sostenido ZÚÑIGA RODRIGUEZ, “la dialéctica criminal/víctima, enemigo/amigo, prevención/ represión, integración/exclusión, libertad/garantías, se salda siempre en contra del criminal considerado en el simbolismo de la sociedad como un desechable” Vid. ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: “Política...” Op. Cit, pg. 65

Se levantarán las voces de la “sociedad” reclamando castigo, penas más duras, disminución de la edad de imputabilidad, más prisiones, menos garantías. Se recurrirá a la creación de nuevas normas penales que legitimen el poder punitivo y que justifiquen por tanto, la necesidad de re establecer el orden diezmado por el accionar criminal, en aras de preservar la denominada “seguridad ciudadana”.

“La incompreensión e indiferencia por los profundos problemas sociales de donde surgen los delitos que proclama combatir, es el complemento lógico de la doctrina, cuya esencia radica en ahondar y perpetuar la realidad y el mito de la delincuencia. Y en la imagen de guerra sin reglas, de refriega y peligros que acechan por doquier, a la que se convoca a tomar parte al ciudadano, se desdibuja incluso quién es el amigo y quién el enemigo, ya que ni unos ni otros son para la doctrina verdaderos sujetos de fines. De modo que a ésta no parece que deba objetarse tanto esa deformación de la función penal contra la que se rebeló CARRARA, la que hunde sus causas en “la manía de gobernar demasiado, y en la idiotez de

La concepción del criminal como el enemigo al que hay que combatir, acompañada de un importantísimo elemento como lo es la adhesión social, ha hecho asimismo que la pena de prisión subsista como institución durante siglos. Desde que se consolidó como instrumento de punición por excelencia, esta adhesión no se limita a un slogan, sino que tiene un sustento que es absolutamente real, cierto, evidenciable, así y de hecho, el siglo XXI nos encuentra ante una inflación penitenciaria pasmosa que es evidente de sur a norte y de este a oeste de globo terráqueo y, este incremento responde más a los modos renovados de gestión del deterioro de la situación social y de la emergencia de la exclusión social, que a un proporcional incremento de la criminalidad que, como apuntan los estudios especializados, no ha seguido una evolución similar”<sup>1156 1157</sup>.

---

gobernarlo todo por medio de procesos criminales” esto es, los usos propios del Estado gendarme, cuanto el desplegar, bajo el dominio de lo único que existe y tiene valor, o séase, la ganancia de mercado, el campo del *bellum omnium contra omnes*. El modelo de Estado correspondiente a la doctrina de la seguridad ciudadana, no es, entonces, el Estado de policía, sino la falta de Estado: el estado de naturaleza”. Vid.: GUZMÁN DALBORA, J.L. “Seguridad ciudadana” conferencia pronunciada en el XXII Congreso Derecho Penal celebrado en Valparaíso, Chile en Noviembre de 2002.

Se originará entonces una legislación de “excepción” para un “estado de excepción”, esto incluirá, siguiendo al profesor ZAFFARONI la legislación penal de emergencia que se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal (vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad -con la redacción de normas ambiguas o tipos penales en blanco o de peligro-, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc. d) los efectos de esa legislación “para el caso concreto” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente. Vid. ZAFFARONI, E. R.: “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia” en *Teorías Actuales de Derecho Penal*. Ed. Ad-Hoc Bs. As, 1998. pg 34

En el orden internacional, con total impunidad, en nombre de la libertad y embanderados en una prepotente “Justicia infinita” (entiéndase sin fronteras) se atropellan, se infringen principios de derecho internacional, convenios de protección de Derechos Humanos, se desconocen organizaciones internacionales, etc. En el orden práxico, la *Patriotic Act* norteamericana, por ejemplo, y la posibilidad abierta de detener personas sin comunicarles el título de imputación, ni designarles abogado, ni dar cuenta de su paradero, ni fijar un límite temporal para esta situación tan precaria son hechos singularmente graves que empiezan a extenderse peligrosamente por todo el planeta, incluidos los países de tradición más garantista y democrática. Vid. SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: “La Seguridad Ciudadana y las víctimas. Pistas para humanizar el sistema penal” en *Gobernabilidad y seguridad sostenible*, N°. 12, Ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2003.

Se ha lanzado una remozada “caza de brujas”. En otras palabras están proyectando a nivel internacional, con renovados matices la bestial doctrina de la seguridad nacional, que ahora podríamos perfectamente llamar “doctrina de la seguridad mundial” en tanto que en el orden interno le han dado el nombre de “seguridad ciudadana”, dos caras de una misma moneda El estado de excepción ha pasado a constituirse en la regla.

En medio de esta vorágine de “guerras infinitas” y de lucha sin límites contra la criminalidad, en este mundo “libre y globalizado”, nos estamos olvidando del Hombre, y lo que es más grave, estamos volviendo al “homo homini lupus hobbessian”.

<sup>1156</sup> BRANDARIZ GARCÍA, J. Á.: “Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas” en *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*, Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 29

<sup>1157</sup> Veamos las cifras penitenciarias a nivel mundial según el *International Centre for Prison Studies* (King's College, Universidad de Londres) sobre la base de los más recientes datos oficiales disponibles en cada país.

Mención especial, sin duda, merece los EE.UU<sup>1158</sup>, que según las palabras de WACQUANT “(...) se han convertido en el mayor encarcelador del mundo, la primera colonia penal masiva de la era democrática. Mantiene detrás de rejas a más de dos

---

<b>País y año</b>	<b>Población en Prisión</b>	<b>Tasas cada 100.000 Habitantes</b>
Estados Unidos (31-12-2011)	2.385.316	751
Federación Rusa (1-6-2011)	894.855	635
Cuba (nov. 2009, estimación)	60.000	531
Israel	22.788	319
Chile (abril 2011)	48.490	290
Polonia (31-7-2011)	84.960	223
Irán (agosto 20010)	158.351	222
Brasil (dic. 2011)	422.590	220
México (30-4-2011)	217.457	196
Uruguay (31-8-2010)	6.947	193
Rep. Checa (31-12-2011)	18.901	183
Reino Unido (Inglaterra y Gales) 29-8-2011	83.445	153
Colombia (marzo 2011)	65.772	138
Australia (30-6-2011)	27.224	130
China (31-12-2011)	1.565.771	119
Países Bajos (1-7-2011)	19.137	117
Canadá (31-3-2011)	35.110	108
Nicaragua (dic. 2011)	6.060	107
Paraguay (6-12-2011)	6.115	96
Ecuador (dic. 2011)	12.635	94
Francia (1-9-2011)	56.279	91
Alemania (31-3-2010)	75.056	91
Italia (31-12-2011)	49.139	83
Suecia (1-10-2010)	7.175	79
Suiza (5-9-2011)	5.715	76
Dinamarca (promedio 2010)	3.646	67
Japón (31-12-2010)	81.255	63
India (31-12-2010)	358.368	32

<sup>1158</sup> Que lleva adelante una política penitenciaria reflejo de su idiosincrasia política y que proporciona a través de ella un sustento para la persistencia de la prisión, como veremos más adelante.

millones de personas, siete veces el índice de Brasil, y custodia un total de 6 millones bajo supervisión criminal. Un hombre negro de cada diez y un joven negro de cada tres está en estos momentos bajo autoridad penal. Las cárceles se han multiplicado como hongos y se han convertido en el tercer empleador del país”<sup>1159</sup> <sup>1160</sup>.

De manera que el encarcelamiento, junto con el endurecimiento de las penas es la moneda corriente, la respuesta del Estado al clamor popular de “más seguridad” es de leyes más duras y cárceles más herméticas. Y es en este sentido que el “proyecto” resocializador del modelo correccional está subordinado al “programa” de neutralización e incapacitación de las personas encarceladas, desarrollado a partir de la expansión del estado penal de los últimos veinte años. El crecimiento impactante de la construcción carcelaria, el aislamiento geográfico, y como hemos visto ya, el aislamiento intracarcelario, una oferta educativa y laboral limitada e improductiva, en el extremo opuesto: la explotación laboral y las condiciones indignas de trabajo intra-carcelario, las condiciones de vida degradadas, las prácticas institucionales violentas, los reglamentos disciplinarios formales complementados con suplementos punitivos informales y la mercantilización de los derechos humanos de los presos constituyen –entre otros tantos indicadores– ese programa, que demuestra las frustraciones, y contradicciones de las aspiraciones “resocializadoras” de la normativa penitenciaria, mostrándonos la cara cierta del encierro penitenciario, matizada ahora con un renovado impulso propio del contexto de las sociedades del miedo del siglo XXI y el imperecedero interés económico que tras de él se esconde<sup>1161</sup>.

Los sistemas punitivos han servido para justificar a lo largo de la historia las castas jerárquicas del poder, a través de una relación de dominio que como bien sostiene GARCÍA DEL POZO es siempre la misma, entre otras cosas, porque ni siquiera es una relación que acontezca en un lugar. Es más, precisamente por eso, se repite una y otra vez en toda relación y en todo lugar<sup>1162</sup>.

---

<sup>1159</sup> “Para alimentar su crecimiento, han tenido que cortar los fondos para programas sociales, viviendas públicas, educación y salud. Cuesta 70.000 dólares por año mantener encerrada a una persona en un calabozo en la ciudad de Nueva York. Desde 1994, California ha gastado más dinero para sus cárceles de lo que ha gastado para sus universidades, y los guardiacárceles tienen mejores salarios que los profesores de mediano nivel” Vid.: WACQUANT, L.: “La tolerancia cero estilo americano provocará una catástrofe social en Brasil”, entrevista publicada en Diario O’ Globo Brasil, 21 de Diciembre, 2005.

<sup>1160</sup> WACQUANT, L.: “La tolerancia cero...” Op. Cit

<sup>1161</sup> Vid. RODRIGUEZ, J.: *Las sociedades del miedo*, Ed. Depalma, Bs As, 2003, pg. 89

<sup>1162</sup> GARCÍA DEL POZO, R.-VÁZQUEZ GARCÍA, F.J.: *Perspectivas de Foucault*, Ed. Autor Editor, Madrid, 1987

En los albores del siglo XXI, habiendo recorrido la prisión un largo camino, todo nos indica que tendrá una larga vida, que su penosa presencia nos acompañará durante mucho tiempo más. Surge entonces la pregunta inevitable acerca de si debemos admitirla y aceptarla tal y como está concebida, tal y como "funciona" o si es posible una transformación que la haga menos penosa y más humana. Si es posible contextualizarla, en palabras de GARCÍA VALDÉS, “dentro de los límites que impone la ética humanista, pues fuera de ese contexto cualquier sanción es moralmente rechazable y penológicamente difícil de justificar”. No debe haber dilaciones, la opción tiene que ser ésta última, sin duda es una forma, tal vez la única, de oponer resistencia. Aunque no debemos resignarnos a la transformación del contexto social, económico, histórico, que le da contenido y sentido, no obstante ello sea una utopía, puede que algún día el eterno círculo se rompa

## CONCLUSIONES

1-En el orden histórico, es clave el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX, cuando se experimenta una transformación del castigo, del escenario público puesto de manifiesto para ostentar el poder del monarca que se constituía en una “fiesta” sangrienta de la que participaba la plebe, a un escenario oculto detrás de los muros de una prisión. El crimen pasa de ser una afrenta al soberano a representar la ruptura del pacto social, el criminal es quien ha violentado el contrato, y es ése nuevo sujeto el que debe “disciplinarse”. En los albores del siglo XXI ya no se trata de disciplinar sino de simplemente “contener”, “controlar” al criminal. Y en su caso inocuizarlo.

2- En las sociedades de control hay “enemigos” fácilmente detectables. A través de la tecnología de la vigilancia, se ha operado una verdadera desterritorialización del control social que ha sido posible, fundamentalmente, sobre la base de la creciente informatización de lo social que permite vertebrar un “control continuo” y una “comunicación instantánea” como características centrales de las sociedades postdisciplinarias. Ya no estamos en presencia de un panóptico unidireccional, la vigilancia se ha atomizado, se ha convertido en control omnipresente.

3-Los dogmas que definen la lógica del encarcelamiento han cambiado radicalmente dentro de una trama definida por el exhibicionismo del Estado neoliberal: diversas mutaciones, delimitación de espacios periféricos, la exclusión de los márgenes. La ecuación es mucho más simple: se está dentro o se está afuera. Sin embargo, hay una constante: los que están “afuera”, aquellos que no han sido incluidos en ese nuevo orden caen bajo el “ojo lombrosiano”- más que vigente en este siglo- de los aparatos de seguridad y prevención, de vigilancia y de control. Las ideas lombrosianas, darwinianas y el Gran hermano imaginado por Orwell cobran vida en los albores del siglo XXI.

4-Los datos que hemos recabado en esta investigación son contundentes. Desempleados o con empleos precarizados, analfabetos o con educación primaria incompleta. Delincuentes de poca monta y contra la propiedad, inmigrantes e indocumentados, pequeños traficantes, son quienes pueblan en abrumadora mayoría nuestras prisiones. Esta afirmación es incontestable. La “otra delincuencia” es la menos vulnerable a la

prisión, los delincuentes de cuello blanco, los poderosos traficantes de armas, personas y drogas, los evasores, los corruptos, los delincuentes ambientales, constituyen una segunda categoría delincencial que el poder punitivo muy difícilmente alcance.

5- Cada sociedad históricamente ha construido una pena a su medida y la del siglo XXI, no es la excepción. La pena de prisión que constatamos en los albores de este milenio se encuentra atravesada por un “proyecto securitario”. Objetivo menos ambicioso que aquél en torno al cual se organizaba el proyecto normalizador-disciplinario – correccional de la ya superada sociedad disciplinaria. La pena de prisión cobra así un concreto y renovado sentido (finalidad) en excluir y controlar

6-Es una falacia, que sea precisamente la institución penitenciaria, el brazo ejecutor más violento del Estado, quien lleve a cabo, y con éxito, la tarea de desplegar un “tratamiento” sobre quien ha delinquido, que lo devuelva,- según nuestras legislaciones- a la sociedad, como un ser “corregido”, “adaptado”, y respetuoso de los parámetros de convivencia de la sociedad. El “tratamiento” tiene por objetivo convertirlo en un buen preso. No puede sostenerse ya un concepto correccionalista, expiacionista, moral o pedagógico de tratamiento alguno. La prisión produce efectos desocializadores en términos de ruptura de los lazos sociales de referencia.

7-Durante el período de vigencia del Estado social, había un espacio social y productivo en expansión en el cual, supuestamente, se podía reintegrar al delincuente. Pero, en las sociedades del siglo XXI, hemos comprobado que encontramos una nueva categoría: el excluido, él es un no consumidor, por tanto es una categoría sobrante. El control sobre los excluidos determina un tipo de penalidad que no busca el reingreso sino la garantía que impida el ingreso. La capacidad de punición del sistema es altamente eficaz.

8-Hay tras la pena de prisión una adhesión social que ha hecho que subsista como institución durante siglos, desde que se consolidó como instrumento de punición por excelencia. La pena de prisión reconfirma, cada vez que es aplicada al poder estatal desdibujado en las redes de la globalización de las sociedades contemporáneas. El modelo de gobernabilidad de los estados neoliberales es la exclusión y la prisión es

exclusión por excelencia, el encierro carcelario se constituye entonces en un observatorio privilegiado de la cuestión social del siglo XXI.

9-Los *mass media* cumplen un papel fundamental en la elaboración de la construcción social de la pena de prisión. Se trata de un simbolismo con una carga muy importante: el retorno al espectáculo, al suplicio público. El sensacionalismo es claramente maniqueísta y moralizante. El bombardeo mediático -ante determinados y puntuales hechos de violencia- acerca de la necesidad de incrementar las medidas punitivas, acentúa la percepción de que más prisión es “la solución”. Las políticas criminales de los Estados occidentales se han reducido, en gran medida, al ámbito punitivo

10-El poder punitivo efectivizado en la pena de prisión, produce más problemas de los que pretende resolver. En lugar de componer conflictos, los reprime y éstos mismos adquieren un carácter más grave en su propio contexto originario; o también por efecto de la intervención penal, pueden surgir conflictos nuevos en el mismo o en otros contextos. La pena posterga, diluye los conflictos en el tiempo, no constituye en manera alguna un modelo de solución de conflicto. La pena de prisión cumple, en definitiva, sólo ficticiamente el papel de “rito de solución de conflictos”.

11-La prisión preventiva es una excepción al principio de libertad que impone la presunción de inocencia. Sin embargo, la prisión preventiva aparece como rasgo predominante que define a los procedimientos penales que, en realidad, cumplen funciones de castigo, por lo común, de mayor entidad aflictiva que los que derivan de la pena como consecuencia jurisdiccional, invirtiendo el orden lógico de la secuencia procesal. Conformando así una verdadera unidad con la pena privativa de libertad.

12-La pena de prisión genera una verdadera industria funcional a toda la estructura que la sostiene. Bajo la forma de concesiones de servicios o la privatización de funciones, el Estado delega facultades en organizaciones de carácter privado. Asimismo la industria carcelaria ha hallado, una vez más, la veta de la explotación laboral de los reclusos. La pena de prisión, es hoy un engranaje más de las políticas económicas neoliberales y allí encuentra también un sentido que la valida. El terreno del capitalismo financiero se torna apto para su reproducción y retroalimentación ad infinitum, conformando así un círculo perfecto de continuidad sin rupturas.



13-. La pena de prisión, se encuentra firmemente consolidada, es útil a todo el entramado de poder que la sostiene, es imposible, por ahora, pensar en su abolición. Es necesario, entonces, hacer de ella el último recurso. Sería mucho más acertado que en lugar de hablar de pena se hablara de “intervención jurídica” es decir, permitirle al juez que haga uso de las “alternativas” pero no como “opciones” a la pena, sino como medidas penales en sí mismas, que aligeren al derecho penal, que lo tornen más ágil, y más respetuoso de los derechos humanos.

14- No será posible ninguna transformación si no se toca “al núcleo duro” del derecho penal que es la pena privativa de libertad tal y como la conocemos, si se sigue sosteniendo falazmente que la pena de prisión “resocializa”. Sólo desde la desnudez más cruda de la pena, desde la “nuda pena”, reconociendo y asumiendo que la pena de prisión sigue siendo una pena corporal, que es exclusión y control, podremos dar un primer paso hacia un límite del poder punitivo, ello nos permitirá también apuntar hacia una verdadera transformación de la prisión clásica, hacia una metamorfosis.

15-Debe protegerse la dignidad humana como el límite al ejercicio del poder punitivo y ello debe hacerse desde la construcción social de los derechos humanos. El hombre no puede ser considerado como una unidad abstracta o desligado de la sociedad en la que vive, sino que, debe serlo en un contexto histórico, social, económico. En el caso concreto de los presos, la condición de “privados de libertad” es precisamente su nota característica. Existe entonces un deber de acción y de abstención de parte de los Estados: abstención de torturar, abstención de hacinar, obligación de procurar que la prisión sea lo menos deteriorante posible.

16- Es ineludible un sinceramiento y un apartamiento de aquellas afirmaciones que sostienen que por el mero hecho de la positivización de los derechos humanos estos cobran vida per- se, nada más alejado de ello. Esta afirmación no es cierta. Será cierta el día que se efectivicen en los hechos y no se trata de una utopía (o meta inalcanzable) sino de un objetivo al que tenemos el deber de aspirar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO T. – HORKHEIMER M. *Diálectica del iluminismo* Ed. Sudamérica, México, 1997
- AGAMBEN, G.: *Estado de excepción*. Ed. A. H, Bs.As. 2007
- \_\_\_\_\_”Metropoli”, Conferencia pronunciada en el Seminario Metropoli/Moltitudine, en Venecia, 2006. Inédita
- \_\_\_\_\_ *Homo sacer. El poder soberano de la nuda vida*, Ed. Pre-textos, Valencia, 2003
- AGUIRRE, E.L.: *Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal*. Ed. Univ. Nacional de La Pampa, La Pampa, 2006
- ALARCÓN BRAVO, J.: “El tratamiento penitenciario”, en *Estudios Penales II, La Reforma Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1978
- ALBARELLOS, L.: “Bancos de datos genéticos y su posible utilización para conculcar derechos humanos”, en *Revista de derecho informático*, Ed. Alfa Redi, Bs. As 2004
- ALES, C- BORDA, R- ALDERETE LOBO, R.: “Sobrepoblación carcelaria en la Argentina. Diagnóstico de experiencias y posibles líneas de acción”, en *Colapso del sistema carcelario*, Ed. Siglo XXI, Bs. As, 2012
- ALONSO GUTIERREZ, A.: *Se extiende la sociedad de vigilancia, ¿todos fichados?* Ed. Universidad Panamericana, México, 2006
- AMUCHÁSTEGUI, H. R.: *Michel Foucault y la visoespacialidad, análisis y derivaciones*, Bs. As, 2009, Inédito
- ANGEL ARBOLEDA, A.M.: “El Panóptico de Bentham” en *Revista de Filosofía Jurídica*, Ed. Eudeba, Bs. As, 2005
- ANITUA, G. I.: *Historia de los pensamientos criminológicos* Ed. del puerto, Bs. As, 2005
- ANTÓN ONECA, J.: *La utopía penal de Dorado Montero*, Ed. Universidad de Salamanca, 1950
- \_\_\_\_\_ *Derecho penal*, Ed. Akal, Madrid, 1986
- ANTONELLI, A.: “Espacios urbanos: tensiones entre el estado y “victimizados” en *Las ciudades Latinoamericanas en el nuevo (des)-orden mundial*, Ed. Siglo XXI, México, 2004

- ANTONINI, P.: *Sistema Progresivo. Análisis Comparativo ley 24660 y ley 12256*. Univ. Nacional de Mar del Plata. Argentina. (Inédito)
- ANTONINI, M.A.: *Ley de Ejecución de Sentencias de la Prov. De Bs. As.* Ed. E. H. Bs. As, 2003.
- ANZIT GUERRERO, R.: *La sociedad y el delito*, Ed. Universidad del Salvador, Bs. As. 2005
- ARNEDO, J.: “Estado, poder punitivo y seguridad”, en *Revista del Instituto brasileño de criminología*, Sao Paolo, 2010.
- ARNOLETTO, E.J.: *Curso de teoría política*. Ed Eumed. Bs. As, 1999
- ARROYO, J. M. *El sistema penal ante el dilema de sus alternativas*, Ed. Colegio de Abogados, San José de Costa Rica, 1995
- ASENCIO MELLADO, J.M.: *La prisión provisional*, Ed. Civitas, Madrid, 1987
- ÁVILA FUENMAYOR, F.: “El concepto de poder en Michel Foucault”, en *Aparte Rei. Revista de filosofía*, N° 53, Ed. Terra, Venezuela, 2007
- AZÓCAR, R.A.: *La revolución de la ciudadanía. Participación ciudadana y desarrollo en América latina*, Ed. Gaval, Caracas, 1998
- BAJO FERNANDEZ, M.: “Reflexiones sobre el sentido de la pena privativa de libertad”, en *Bases para un Derecho Penal Sustantivo*, Congreso Mexicano de Derecho Penal, México, 1981
- BAÑUELOS, J.: “Videovigilancia en la sociedad panóptica contemporánea” en *Razón y palabra*, N° 31, Ed. Siglo XXI, México, 2006
- BARBOZA VERGARA, A.: “Democracia y derechos humanos en la teoría política de Norberto Bobbio” en *Co-herencia N°2 Vol 3*, Bogotá, 2005
- BARATA, F.: “Los mass media y el pensamiento criminológico” en *Sistemas Penal y Problemas Sociales*, Ed. Ediar, Bs. As 2003
- BARATTA, A.: *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Es. Siglo XXI, Bs. As, 2004
- \_\_\_\_\_ “Principios de derecho penal mínimo” en *Alessandro Baratta Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*. Ed. B de F, Bs. As, 2004
- \_\_\_\_\_ “Requisitos mínimos del respeto de los Derechos Humanos en una ley penal”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 34, Bogotá, 1986
- \_\_\_\_\_ “Política Criminal: entre la política de seguridad y la política social”, en VV. AA. CARRANZA, E. (coord.), *Delito y seguridad de los habitantes*, Ed. Siglo XXI, México, 1998

- \_\_\_\_\_. “Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del modelo integral de ciencia penal” Traducción de Roberto Bergalli., *Política criminal y reforma del derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1982
- BARONA VILAR, S: *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, Ed. Bosch Barcelona, 1988
- BARONE, R.- MARTINEZ GÓMEZ R.: *Globalización y posmodernidad. Encrucijada para las políticas sociales del nuevo milenio*. Ed. Universidad del Bio Bio. 2001
- BARRERA, G.L.: *Política Criminal, con argumentación doctrinal*, Ed. Porrúa, México, 2010
- BARROS, D: *Penología y sistema penitenciario*, Ed. AZ, Bs. As, 2001
- BARRIOS FLORES, F.: “El empleo de medios correctivos en prisión” en *Revista de Estudios penitenciarios* N° 253, Madrid, 2007
- BARROS LEAL, C.: *La prisión desde una perspectiva histórica y el desafío actual de los derechos humanos de los reclusos*, Ed, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1998
- BARTREZ FAZ, D.: Bases genéticas de la conducta, Ed. UOC, Barcelona, 2009
- BATISTA, N.: “Medios de comunicación y sistema penal en el capitalismo tardío”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal.*, Ed Ad-Hoc., Bs. As 2003
- BAUDRILLAD, J: *La Sociedad de Consumo, sus mitos, sus estructuras*. Ed. Siglo XXI., Madrid, 1970
- BAUMAN, Z.: *Vidas desperdiciadas, la modernidad y sus parias*, Ed. Paidós, Bs. As. 2005
- BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y las penas*, Ed. Heliasta, Bs. AS 1993
- BELAVAL, Y.: *Historia de la filosofía: las filosofías nacionales de los siglos XIX y XX*, Ed Siglo XXI, Madrid, 1981
- BELL DELL C.: *Exclusión social, origen y características*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 2002
- BENJAMIN, W.: *Tesis Sobre Filosofía de la Historia*, Ed. ABC, Bs. As, 1973
- BENITEZ, M.: *El panoptismo como forma del poder disciplinario en relación con la función del super yo en la neurosis obsesiva*. Inédito.
- BENOIST, A.: “Panóptico” en *Revista Elements*, Paris, 2004
- BENTHAM, J.: *Tratado de legislación civil y penal. Panóptico*, Traducción de PIMENTEL, J, Ed. Dumont, México, 1965, Tomo V.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, y otros: *Lecciones de Derecho Penal*; Ed. Praxis, Barcelona, 1999

BERGER, J.: “Los nuevos muros de la prisión global”, en *Revista Ñ*, Bs. As, 2008

BERGER, P- LUCKMANNT, *Construcción social de la realidad*, Ed. Amorrotu, 1966

BERNALDO DE QUIROS, C.: *Lecciones de derecho penitenciario*, Ed. Textos universitarios, México, 1953

BERRÍOS POLÍO, S.E.: *Cultura y socialización*, Ed. Temis, Bogotá. 1998

BETETA SALAS, C.: “Principio de Oportunidad. La Conciliación en el proceso penal” en *Revista de Práctica Jurídica*, Lima, 2007

BIDART CAMPOS, G.: *Lecciones elementales de política*, Ed. Ediar, Bs. As, 2000

BLANQUI, L.A: *L’ eternité par les astres*, Ed. Lumier, París, 2008

BODERO E. R.: “Los nuevos paradigmas de la criminología y el derecho penal” en *Libro de Ponencias Magistrales del XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología Octubre de 2005*, Ed. Ara Lima, 2005.

BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991

BOBBIO, N: “La primacía de los derechos sobre los deberes” en *Teoría general de la Política*, Ed. Trotta, Madrid

BOBBIO, N.: *Sobre el fundamento de los derechos humanos*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1992

BODERO E. R.: “Los nuevos paradigmas de la criminología y el derecho penal” en *Libro de Ponencias Magistrales del XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología Octubre de 2005*, Ed. Ara Lima, 2005

BOLAÑOS GONZÁLEZ, M.: “Recensión a Censurar y Castigar”, en *Revista Cenecip*, Ediciones Itet, Caracas, 2007

BOMBINI, G.: *La judicialización de la pena privativa de libertad en la provincia de Buenos Aires. Un régimen inconcluso*. Ed. del puerto Bs. As, 2000

\_\_\_\_\_: “Balance y perspectivas de la ejecución de las penas privativas de libertad en la provincia de Bs. As” en *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, N° 17, 2001

BONN, M.: “El programa de La Haya, el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea”, en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de Cs. Penales. Instituto de derecho penal, europeo e internacional*. Univ. de Castilla la Mancha, 2006

- BORDA, R.: “Las políticas de privación de libertad” en *Derechos Humanos en Argentina Informe 2010*. CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) Ed. Siglo XXI, Bs. As, 2010.
- BORDA, R.- POL. L.: “Sobrepoblación y hacinamiento carcelario. La instrumentación del fallo Verbitsky y otras estrategias para solucionar el problema” en *Informe derechos humanos CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales) 2011* Ed. Siglo XXI, Bs. As, 2011
- BORDA, R.- POL. L., KLETZEL, G., SAPOZNIK, D.: “La situación carcelaria. Una deuda de nuestra democracia”, en *Derechos Humanos en Argentina, Informe Cels 2011*. Ed. Siglo XXI, Bs. As, 2012
- BORGHESI, M.: *Secularización y nihilismo, cristianismo y cultura contemporánea*, Ed. Encuentro, Bs. As, 2001
- BORGES, J.L.: *Historia de la eternidad*, Ed. Tauro, Bs. As, 1953
- \_\_\_\_\_*Obras completas*, Ed. Eudeba, Bs. As. 1974
- BORRINO, R.: *El encarcelamiento bonaerense. Palabras de emergencia por una barbarie que no cesa*, Ed. Siglo XXI, Bs. As, 2005
- BOULLY, M.R.: *Desafíos en la investigación de las agencias de control social penal*, Ed. Ediar. Bs. As, 2005
- BOURDIEU, P.: *Contre-feux*, Ed. Liber, Raison d’agir, París, 1998
- BOVINO, A “El fallo Suárez Rosero”, en *Justicia Penal y Derechos Humanos*, Bs. As, Ed. del Puerto, 2005.
- BRANZARIZ GARCÍA, J.A.: *Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: departamentos especiales y FIESI*. Universidad da Coruña 2005
- BRITO GARCÍA, L.: *El imperio contracultural*, 2ª ed. Ed. Nueva Sociedad, Caracas, 1994
- BUJÁN JAVIER, A: *Elementos de Criminología en la Realidad Social* Ed. Depalma, Bs As, 1998
- BULYGIN E., “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos” en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°4, Bs. As, 1987
- BUSTOS, J.- HORMAZÁBAL H.: *Lecciones de derecho penal*. Vol I, Ed. Trotta, 1995
- BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 3ª Edición. Ed. Ariel, Barcelona, 1989

- CABRERA, S.: “Pena y prisión preventiva” en *Revista de Análisis Jurídico*, N° 6, Bs. As, 2005
- CABRERA CABRERA, P.: “La realidad penitenciaria en el siglo XXI, Perspectivas de Futuro” en *Corintios XIII, Revista de Teología y pastoral de la caridad*, Ejemplar dedicado a Mediación- Reconciliación. Madrid, 2005
- CAFFERATA NORES, J.: *La Excarcelación*. Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 1988.
- \_\_\_\_\_ *Medidas de Coerción en el nuevo código de procedimiento penal*. Ed.. Depalma, Bs.As. 1992
- \_\_\_\_\_ *Temas de derecho procesal penal*, Ed. Astrea, Bs. As, 1998
- CAMPOS, D.: *Comentario a Cárceles de la miseria*, UACH, Santiago de Chile, 2002
- CAMPUZANO A.J.: *La globalización ilustrada: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Ed. Dickinson, Madrid, 2003
- CANESTRI, F.: *Tratamiento penitenciario*, Ed. UNAM México, 1981;
- CARMIGNANI, G.: *Elementos de derecho criminal*. Traducción de FERERO OTERO A. Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 2000
- CARO VALVERDE, M.T.: *La escritura del otro*, Ed. Universidad de Murcia, Murcia, 1999
- CARRARA, F.: *Programa de Derecho Criminal*. Traducción BÉECHE, GALLEGOS, A. N° 661, Ed Temis. Bogotá Tomo II
- CARRANZA E.: “Política Criminal y Penitenciaria en América Latina y el Caribe” en *Vigencia de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Reforma Penal Internacional*, ILANUD. Sociedad Cubana de Ciencias Penales. La Habana, 2008.
- \_\_\_\_\_ “Sobrepoblación penitenciaria en América latina y el Caribe. Situación y respuestas posibles” en *VVAA Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria: Respuestas posibles*. Ed. Siglo XXI, México, 2001
- \_\_\_\_\_ *Justicia Penal y Sobrepoblación carcelaria*, Ed Siglo XXI, México, 2001
- \_\_\_\_\_ *Compilación de observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre países de América Latina y el Caribe (1988-2005)*, COMITÉ CONTRA LA TORTURA DE LA ONU, Observaciones sobre Argentina, en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Representación Regional para América Latina y el Caribe Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Santiago de Chile 2005

- \_\_\_\_\_ “La privatización penitenciaria en América latina” en VV.AA, *Cárcel y Justicia Penal en América Latina*, Ed. Siglo XXI, México, 2009
- CARRASCO, A: “La sociedad de consumo: origen y características” en *Contribuciones a la Economía*, Ed. Universidad de Jaén, 2007
- CASSEL, D. “El derecho internacional de los derechos humanos y la detención preventiva”, en *Revista IIDH*, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1995
- CASTEL R.: *La metamorfosis de la cuestión social*, Ed. Paidós, Bs. As, 2001
- CASTELLS, M: *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Vol. I. Alianza Ed., Madrid., 1997
- CASTRO VADILLO, N.J.: *Realidad penitenciaria y derechos humanos*, Ed. Universidad de Andalucía, 2009
- CERVELLÓ DONDERIS, V.: *Derecho Penitenciario*, Ed. Univ. de Valencia, Valencia, 2001
- \_\_\_\_\_ “Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria” en *Revista de Derecho Penal y Penitenciario*, N° 8, Valencia, 2004
- CHRISTIE N.: “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”, en VVAA, *Abolicionismo Penal*. Bs As, Ediar, 1989
- \_\_\_\_\_ *Los límites del dolor* Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1994
- CELS, *Informe sobre derechos humanos en la Argentina: 2012*, Ed. Siglo XXI, Bs As, 2012
- CEVADA, L.: *Historia de la prisión*, Ed. UNAM, México, 2007
- CIAFARDINI, M. A. – BONDANZA, M. L.: *Abolicionismo Penal*, Ed. Ediar, Bs As, 1989
- CLEMMER, D.: *The prison community*, New York, 1940
- COBO DEL ROSAL, M.: *Derecho Penal y Constitución*. Tomo I. Ed. de Derecho Reunidas. Madrid. 1993
- CÓDIGO PENAL BOLIVIANO Ed. Juventud, La Paz, 1998
- CÓDIGO PENAL COLOMBIANO, Ed. Temis. Bogotá. 2007
- COHEN S.: *Visiones de control social*, Ed. PPU, Barcelona, 1988
- CORONADO. D: “Socialización y violencia” en *Memorias Congreso Alas*, Universidad de La Matanza, Bs. As, 2006.



- CORTINA, A.: *Ética, ciudadanía y modernidad*, Conferencia en la Universidad de Chile, Mayo de 2003. Inédita
- CRISTHIE, N.: “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno” en *Abolicionismo penal*, Bs. As, 2001
- \_\_\_\_\_ *Los límites del dolor*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1994
- CUCCHI, R.: *El sistema penitenciario como instrumento de control social*, UNCu, Mendoza, 2007
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución* Ed Reus, Madrid, 1920
- DAHRENDORF R.: *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Ed Rialp, Madrid, 1979
- DAROQUI, A.V.: “La cárcel del presente, su sentido como práctica de secuestro institucional”, en *Violencias, delitos y justicia en perspectiva histórica*, Ed. Ediar, Bs. As, 2001
- \_\_\_\_\_ “De la resocialización a la neutralización” en *Sistema penal del siglo XXI en Argentina*, Ed. Ediar, Bs. As, 2007
- DAVID, P. *Globalización, prevención del delito y justicia penal*. Ed. Zavallía. Bs.As. 1999
- DÁVILA ROJAS, J.L.: *La moralidad del poder de castigar. Sobre Michel Foucault, veinte años después*. Universidad de los Andes, Mérida, 2005
- DAVIS, A. Y.: *Racismo enmascarado: Reflexiones sobre el complejo industrial de prisiones, Proyecto de investigación sobre el Penal de Santa Martha Acatitla del DF Una aproximación crítica a la situación carcelaria en México*, México, 2011
- DEBORD, G.: *La sociedad del espectáculo*, Ed. Pre –Textos, Valencia, 1999
- DELEUZE, G.: *Conversaciones 1972-1990*, Ed. Pre Textos, Valencia, 1999
- \_\_\_\_\_ *Post scriptum sobre las sociedades de control*, Ed. Nordan Montevideo, 1991
- \_\_\_\_\_ *Diferencia y repetición*, Ed. Júcar, Madrid, 1988
- DELEUZE, G-GUATTARI, F.: *Las máquinas deseantes*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2003
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. - BLANCO CORDERO, I: *El sistema penitenciario español*, Universidad del País Vasco, País Vasco, 2009

- DE LA FUENTE, J. E - SALDUNA, M.: "Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal", en VV.AA., *Reformas penales*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2004
- DEL OLMO, R.: *América Latina y su Criminología*, Ed. Siglo XXI, México, 1981
- D'ESTEFANO PISANI, M.: "Mariano Ruiz-Funes penitenciario", en *Últimos Estudios Criminológicos de Mariano Ruiz-Funes. Libro Homenaje*. La Habana, Ed. Jesús Montero, 1955
- DEMERTIO CRESPO E.: "De nuevo sobre el pensamiento abolicionista" en VVAA *Homenaje a Louk Hulsman Cahiers de Defense Sociale*, 2003
- DIABARBORA, E.: "Notas del pensamiento de Kant acerca de la pena de muerte" en *Memorias del Tercer Congreso de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad Nacional de Rosario, 1984
- DÍAZ AGUILAR, N. C.: *Inimputabilidad y peligrosidad en el derecho penal contemporáneo*, Ed. UNAM, México, 2008
- DIAZ CANO, L.: "El ser humano en la cárcel" En *Acontecimiento* N° 43. Ed. Mounier. Madrid, 1997
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Ed. Espasa Calpe. Madrid. 2003
- DIEZ DE LA CORTINA MONTEMAYOR, E.: *El positivismo de Augusto Comte*, Ed Insula. Caracas, 1985
- DOMINGO CENTENO, M. *La ilustración y el Romanticismo como cuna del idealismo*. Ed Éndoxa, Series Filosóficas, N° 7, Madrid, 1996
- DORADO MONTERO, P.: *Estudios de Derecho penal preventivo*; Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1901
- DURKHEIM, E.: *Escritos Selectos. Introducción y selección de Anthony Giddens*. Trad. Ricardo Figueroa. Bs As, Ed. Nueva Visión, 1993
- \_\_\_\_\_: *La educación moral*, Ed. Trotta, Madrid, 2002
- ECO, U-COLOMBO, F-ALBERONI, F.: *La nueva edad media*, Ed. Alianza Editorial, 2004, Madrid
- FASSO, G.: *Historia de la Filosofía del derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, 1981
- FERRAJOLI, L.: "Sobre los derechos fundamentales" Traducción de CARBONELL M. en *Cuestiones Constitucionales* N° 15, Ed. UNAM, México, 2006
- \_\_\_\_\_: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2001

- \_\_\_\_\_ “Derecho penal mínimo” en *VVAA Prevención y Teoría de la pena*, Ed Conosur Santiago de Chile 1995
- FERNÁNDEZ DE LA TORRE, J.: *La justificación del castigo y la justificación político social del castigo*, Universidad de Alicante, 2003
- FERNANDEZ VITORES, R.: *Las sociedades del futuro*, Ed. Páginas de Espuma, Madrid, 2007
- FEUERBACH, A.: *Manual de derecho común alemán*, (1801), Traducción LÓPEZ, H, Ed. LB, Bs. As. 1973.
- \_\_\_\_\_ *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, Traducción de la 14.<sup>a</sup> ed. alemana (1847), ZAFFRARONI, E.R, y HAGEMMEIER, I; Ed. Hammurabi, Bs. As, 1989
- FIGUERAS TURRÓ, F-COLOMER, J.S-FELIÚ, M.: *La reinserción laboral. Luces y sombras*. Facultat de Ciències Econòmiques i Empresariales, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2009
- FINOCHIETTI, M. D.: *Mediación, conciliación y sistema pena*. Inédito
- FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Siglo XXI, México, 2002
- \_\_\_\_\_ *Historia de la locura* Ed. Fondo de la Cultura, México, 1998
- \_\_\_\_\_ *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, México, 2001
- \_\_\_\_\_ *Microfísica del poder*, Ed La Piqueta, Madrid, 1980
- \_\_\_\_\_ *Estrategias del Poder*, Traducción de VAREA, J. Ed. Paidós, Bs. As, 2001
- \_\_\_\_\_ *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*; Ed Alianza, Madrid, 1997
- \_\_\_\_\_ *El dominio del poder*, Ed Ariel, Madrid., 1999
- \_\_\_\_\_ *El poder psiquiátrico* Ed. Fondo para la Cultura económica. México, 2005
- \_\_\_\_\_ *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*, Traducción PONS, E., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2006
- \_\_\_\_\_ *Los anormales*, curso 1974-75, clases del 8 de Enero al 12 de Febrero de 1975, Ed. FCE, Bs. As, 1989
- \_\_\_\_\_ *Theatrum philosophicum*, Ed. Leyer, Bogotá, 1970
- \_\_\_\_\_ *Hermenéutica del sujeto*, Ed. Akal, Madrid, 2001
- \_\_\_\_\_ *Historia de la sexualidad*, Vol. I, Ed. Siglo XXI, México, 1997
- \_\_\_\_\_ *¿Qué es la Ilustración?* Ed. Alción, Córdoba, 1996

- FONTANA, P.S.: *El desmantelamiento del estado de bienestar*. Inédito
- FRIGERIO, G.: *Sistema carcelario argentino*, UBA, Bs. As, 2006
- GALERA GOMEZ, A.: “Rafael Salillas, medio siglo de antropología criminal española.” en *Revista Lull*, Vol. 9, 1986
- GALEANO, D.: “Gobernando la seguridad entre políticos y expertos” En *Tiempos Inclementes. Culturas policiales y seguridad ciudadana. Colección Planificación y políticas públicas*, Ed. De la Universidad de Lanús, Bs. As, 2005
- GALEANO, E. H.: *La escuela del mundo al revés*, Ed Siglo XXI, México, 2007
- GALTON, F.: *Investigaciones sobre las facultades humanas y su desarrollo*, Ed. Macmillan, 1937
- \_\_\_\_\_ “Eugenesia” en *Revista americana de Sociología*, México, 1994
- GALLEGO, M F.: *Biopolítica y Poder*, III Jornadas de Filosofía Política, Universidad del Salvador. Bs. As Inédito
- GAMBOA de TREJO, A.: *El origen de la prisión y su situación actual*, Veracruz, 2004
- GARCÉS, C. A.: “Apuntes para una historia social de social de la marginación penal: El siglo XVIII en el Tucumán” en *Revista Complutense de Historia de América*, 22, Servicio de Publicaciones, UCM; Madrid 1996
- GARCÍA DEL POZO, R.-VÁZQUEZ GARCÍA, F.J: *Perspectivas de Foucault*, Ed. Autor Editor, Madrid, 1987
- GARCÍA MÉNDEZ, E.: *Bases para la reconstrucción de la pena privativa de libertad*, Ed. Ad-Hoc, Bs. AS 2005
- GARCIA MORENTE, M.: *Lecciones premilitares de filosofía* Ed. Losada, Bs. As, 1973
- GARCÍA ORTÍZ, G.A.: *La Criminología en la modernidad y la postmodernidad*, Ed. Eudeba, Bs. As. 2001
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A: *Manual de Criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Ed. Espasa. Madrid, 1988
- GARCÍA RAMIREZ, S.: *El art. 18 Constitucional*, Ed. UNAM, México, 1967
- GARCÍA RIVAS, N.: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Colección Estudios Ed. Univ. Castilla la Mancha, Madrid, 1996
- GARCÍA VALDÉS, C.: *Estudios de Derecho Penitenciario*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982
- \_\_\_\_\_ “Sistema Penitenciario español”, en *Delito y Sociedad*. Núm. Extraordinario XXVIII, Ed Tecnos Madrid, 1971
- \_\_\_\_\_ *Cuadernos de Política Criminal* N°1, Ed. Tecnos Madrid, 1977

- \_\_\_\_\_ *Comentarios a la legislación penitenciaria* 2º Edición, Madrid, Ed Tecnos, 1982
- GARCÍA VERA, A.B.: *La mirada encerrada*, Ed. De la Torre, Madrid, 2002
- GARLAND D.: *La cultura del control, crimen y orden social, en la sociedad contemporánea*, Traducción de RODRIGUEZ, J. Ed. Libros, Buenos Aires, 2005
- \_\_\_\_\_ *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* Ed. Siglo XXI, México, 1999
- GAROFALO, R.: *La Criminología*, Trad. Dorado Montero, Ed. La España Moderna, Madrid, 1890,
- GASTEIZ, V.: *Manuel de Lardizábal o el pensamiento ilustrado en Derecho penal, Discurso sobre las penas*, Ed. Ararteko, 2001
- GEREMEK, B., *La piedad y la horca*, Ed. Alianza, Madrid, 1989
- GIDENNS, A.: *The Nation-State and Violence. Volume Two of a Contemporary Critic of Historical Materialism*. Plity Press, Cambrige, UK, 1987
- GIMÉNEZ, S.: *Historia de la pena privativa de libertad*, Ed. Universidad de Temuco, Temuco, 1996
- GIMÉNEZ, R.: *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero*. Ed. Fondo de la cultura económica, México, 1996.
- GINER, J: *Conflicto social (teorías del)* Ed. Luz, Valencia, 2005
- GIROLA, L.: *Anomia e individualismo: del diagnóstico de la modernidad de Durkheim al Pensamiento contemporáneo*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2000
- GOFMANN, I.: *Internados. Ensayo sobre la situación de los enfermos mentales*, Ed Amorrortu, Bs. As. 1994.
- GOTTEBERG, L.D.: *Vigiliar y castigar. Amasando fortunas. La privatización carcelaria*, Ed. ILC, Maracaibo, 2005.
- GOMEZ BRAVO, G.: *Educación o castigar: la lucha del reformismo penitenciario español en el siglo XIX y principios del XX*, Universidad Complutense de Madrid, *Revista de Educación*, Madrid, 2006
- GONZALEZ CASANOVA, P.: *El capitalismo en el siglo XXI, ¿a dónde está? ¿A dónde va?* Ed. Temis, Bogotá, 2007
- GONZÁLEZ PLACENCIA, L.: *La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, Aportes y Expectativas*. Ed. CNDH, México, 1995
- GONZÁLEZ RODRIGUEZ, M: *La Criminología en los umbrales del Siglo XXI*. Tesis de Maestría en Criminología. Universidad de la Habana, 2001

- \_\_\_\_\_.: *Análisis del control social desde una perspectiva histórica*, Universidad de la Habana, 2004
- GRECCO A.: “El estado de excepción y la violencia” en *Revista de Psicoanálisis*, Bs. As, 2005
- GRIGGS, T.: “Otro Año de Excepción Las Ideas de Agamben a la Luz del 2007” en *Agenda Pública*, Bs. As, 2007
- GUTIÉRREZ ESCUDERO, A.: *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Ed. Araucaria, Sevilla 2005
- GUZMÁN DALBORA L. “Doctrina de la Seguridad Ciudadana en *Libro de Conferencias magistrales del XIV Congreso Derecho Penal*, Valparaíso, Noviembre de 2002
- \_\_\_\_\_.: “Del concepto a la función de la pena en el pensamiento de Rivacoba y Rivacoba”. en *Estudios de Derecho penal y Derecho procesal penal en homenaje al profesor doctor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Valparaíso, 2001. Inédito
- \_\_\_\_\_.: “Doctrina de la seguridad ciudadana” conferencia pronunciada durante el XIV Congreso Derecho Penal celebrado en Valparaíso, Chile en Noviembre de 2002, en *Libro de memorias*, Ed. Conosur, Santiago, 2002
- \_\_\_\_\_.: “Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana” en *Iuspenalismo*, 2003
- \_\_\_\_\_.: *Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno*, Santiago de Chile, 2007.
- HABERMAS, J.: *El discurso filosófico de la modernidad*, Ed. Taurus, Madrid, 1989
- \_\_\_\_\_. “Modernidad, un proyecto incompleto”, en *Revista Punto de vista*, N° 21, Ed. UNLZ Bs. As, 1998
- HARDT, M.: “La sociedad mundial de control” en *Gilles Deleuze Una Vida Filosófica*, Traducción de HERÁNDEZ, E, San Pablo, 1996
- HARDT, M- NEGRI, A.: *Imperio*, Ed Paidos, 2002
- HARRENDORF, D.: *Derechos Humanos ante la Justicia*. Ed. Abeledo Perrot Bs. As, 2000,
- HARRIS, M.: *El desarrollo de la teoría antropológica: una historia de las teorías de la cultura*, Ed. Siglo XXI; Buenos Aires, 2001
- HASSEMER, W.: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ed. Ad-Hoc, Bs As, 1995
- HAZARD, P.: *El pensamiento europeo del siglo XVIII*, Ed. Alianza, Madrid, 1999.

- HERNÁNDEZ, A “¿Fundamentación o protección de los derechos humanos? La tesis de BOBBIO y BEUCHOT “, en *Isonomia*, N° 6, México, 1997
- HERNÁNDEZ DÍAZ, J.M.: HERNÁNDEZ DÍAZ, J.M.: “Nuevo derecho penal versus pedagogía correccional en Dorado Montero”, en *El largo camino hacia una educación inclusiva*, Universidad Pública de Navarra, 2009
- HERNÁNDEZ M.: *El finalismo y sus implicancias en la dogmática penal y la política criminal*, Ed. UNG, México, 2006
- HEGEL, G. W. F.: *Principios de la filosofía del Derecho o Derecho natural o Ciencia Política*. Ed. Edhasa, Barcelona, 1988
- HOBBS, T., *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998
- \_\_\_\_\_*Filosofía del derecho*, Ed Sudamericana, Bs. As 1998
- HOWARD, J.: *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. Estudio introductorio de Sergio García Ramírez*, Ed. Fondo de la cultura económica, México, 2003
- HULSMAN, L. “Alternativas a la justicia penal” en *Revista Nueva Doctrina penal*, Traducción de BOVINO, A. Ed. del puerto, Bs. As. 2004
- HOBBS, T: *Leviatán o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998
- Informe de Comisión Latinoamericana en Globalización y Ciudadanía* 2004 CLAES Centro Latino Americano de Ecología Social, Montevideo, 2005
- IMBRIANO, A.H-GRECCO, M.A.: *El estado de excepción y la violencia*, Bs. AS 2007
- INIESTA, C.: “Cárceles de menores. Agujeros negros”. En *Aula abierta. Revista de educación crítica*. Madrid, 2007
- JAÉN VALLEJO, M.:“La función social de la pena”, en *Revista de ciencias jurídicas*, Ed. Universidad de las Palmas de gran Canaria 1998
- JAKOBS, G.: *Sobre teoría de la pena*, Traducción de CANIO MELIÁ, M. Ed. Universidad del Externado Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1998
- JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional*. Ed. Civitas, Madrid, 1996
- \_\_\_\_\_*Sobre teoría de la pena*, Traducción de CANCIO MELIÁ, M, Ed. Universidad del Externado Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. 1998

- \_\_\_\_\_ “La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro”, en MUÑOZ CONDE, F (coord.) VV.AA *La Ciencia del Derecho Penal ante el cambio de Milenio*, Trad. de MANZO T, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- IMBRIANO, A.H-GRECCO, M.A.: *El estado de excepción y la violencia*, Ed. II Editores, Buenos Aires 2007
- IPPOLITO F.: “La detención preventiva” en *Revista de Derecho Constitucional N° 19*, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997
- JAMESON, F.: *Ensayos sobre el posmodernismo* Traducido por FERRER, R, Ed. Imago Mundi, Bs. As, 1991
- JELLINEK, G.: *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, Ed. Comares, Madrid, 2009
- JIMENEZ DE ASÚA, L “Corsi e recorsi. La vuelta de Von LISZT” en *Nuevo Pensamiento penal*, Ed. UBA, Bs. As, 1972
- \_\_\_\_\_ *Tratado de Derecho Penal, 5ta edición*, T II, Bs. As., Ed. LOSADA, 1992
- JUÁREZ, M.: *Filosofía de la educación*, Ed. La Rayuela, Montevideo, 2000
- KANT, I.: *La Metafísica de las Costumbres*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994
- \_\_\_\_\_ “¿Qué es la ilustración?”, en *Filosofía de la Historia*, Traducción ESTIÚ Ed. Nova. Bs. As 1964
- \_\_\_\_\_ *Crítica de la razón pura*, Ed. Alfaguara, Madrid, 1986,
- KATZ, C.: *El imperialismo del siglo XXI*. Ed. UBA, Bs. As 2003
- KAUFMAN H.: *Ejecución penal y terapia social*. Ed. Depalma. Bs. Ad, 1979
- KEYNES. J.: *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero*. Ed. Fondo de la cultura económica. Bs. As 1956
- KOLAKOWSKI, L.: “¿Por qué Necesitamos a Kant?”, en *La Modernidad Siempre a Prueba*, Ed. Vuelta, México, 1990
- KOSTENWEIN, E.: *Hacia un Criminología menor tres: del estado, su castigo y sus víctimas*. Inédito
- LACAN, J.: *Seminario X*, Ed. Paidós, Bs. As 2006
- LALINDE ABADÍA, J.: *El derecho en la historia de la humanidad*, Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona. 1988
- LÁRDIZABAL y URIBE: *Discurso sobre las penas*, Ed. Porrúa México, 2005



- LARA PONTE, R. “Derechos humanos y Constitución” en *El significado actual de la Constitución. Memoria del Simposio Internacional* Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998
- LARRAURI, E.: “Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista”, en *Poder y Control*, Ed. PPU, Barcelona, 1987
- LAYVA ESTUPIÑAN, M: *El derecho penal mínimo y el bien jurídico*, La Habana, 2005
- LEDEZMA, R. *Política criminal y derecho penal*, Ed. ETI, La Paz, 2001
- LEGANÉS GÓMEZ, S.: *Clasificación penitenciaria, permisos de salida y extranjeros en prisión*, Ed Dykinson, Madrid, 2002
- LEGORRETA SEPULVEDA, N. P.: “Los miedos como motivación política: los ciudadanos de la ciudad de México ante el miedo a la exclusión” Ponencia pronunciada con motivo del XI *International Summer School on Religions* en la comunidad de San Gimignano, Siena, 24 de agosto de 2004. Inédita.
- LEVENE, R.: *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Depalma, Bs. As, 1998
- LEWCOWICZ, I.: “La situación carcelaria”, en *El malestar en el sistema carcelario*, Ed. El Otro, Buenos Aires, 1996
- \_\_\_\_\_ *Pedagogía del aburrido*, Ed. Paidós, Bs. As, 2004
- \_\_\_\_\_ *Subjetividad controlada*, Ed. El Otro Bs. As, 2001
- LITVACHKY, P-MARTINEZ. M. J.: “La tortura y las respuestas judiciales en la provincia de Bs. As” en *Colapso del sistema carcelario* Ed. Siglo XXI, Bs. As, 2005
- LOGIUDICE, E.: *Marxismo, ¿hipótesis o teoría?* Ed. Herramienta Ediciones, Bs. As. 2007
- LÓPEZ G.: *Las siete partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Ed Alas, Madrid, 1923
- LOPEZ, M.J.: *Manual de derecho político*, Ed. Kapelusz, Bs. As, 1973
- LOPEZ GIL, M.: “VATTIMO” en: *Diccionario de pensadores contemporáneos*, Ed. Emecé, Barcelona, 1996
- LOPEZ MUÑOZ, J.: “Michel Foucault y su crítica a la idea del sujeto”, en *Revista de pensamiento filosófico*, Univ. De Concepción, Chile, 2005
- LOPEZ RUBIO, C-ROSAS LOZANO V- TORRES MARTIN, L- ARANDA VICO, J.: “La prisión preventiva”, En *Boletín Criminológico*, Ed. Instituto Interuniversitario de Criminología. Málaga, 1996

- LOPEZ VERGARA, J.: *Criminología: introducción al estudio de la conducta antisocial*. Ed Textos Iteso. México, 2000
- LOZADA, M.: *Seguridad privada, su impacto en un Estado de derecho*, Ed. Abacco, Bogotá, 2000
- LUNA ALCOPA, M.: *Foucault y el eterno retorno*, Univ. de Sevilla, 2003
- LYON, D.: *Theorizing surveillance: the panopticon and beyond* Ed. W.P, New York, 2006
- LLOBETO RODRIGUEZ, J.: “Justicia Restaurativa y la protección de la víctima”, en *Libro Homenaje a Julio Maier*, Bs. As, 2005
- MACIEL. G.: *¿Innovadora solución o pragmatismo carcelario?*, Uruguay, 2006, inédito
- MAIER, J.: *Determinación judicial de la pena*, Ed. del Puerto. Bs. As, 1993
- MC. LUHAN, M.: *La paz y la guerra en la aldea global*, Traducción LÓPEZ, I, Ed. Pinceladas, Bs. As, 2001
- MANZANOS BILBAO, C.: “Muertes oscuras en prisión” Inédito
- MAPELLI CAFFARENA, B.: “Contenido y límites de la privación de libertad”, en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Interrogantes penitenciarios en el quincuagésimo aniversario de la declaración universal de los derechos humanos, N°12 Extraordinario*, San Sebastián, 1998
- MARCO DEL PONT, L.: *Penología y Sistemas Carcelarios* Ed Depalma Bs. As 1974
- MARCHIORI, H.: *El estudio del delincuente, tratamiento penitenciario*, Ed. Porrúa, México, 1989
- MARSHALL, A.G.: *El estado de seguridad transnacional y la caída de la democracia*. Traducción Soledad Giménez. Ed. Porrúa, México, 2009
- MARSHALL T. “Ciudadanía y clase social” en *Revista española de investigaciones sociológicas, n° 79*, Madrid, 1997
- MARTEAU, J. F.: *Las palabras del orden: proyecto republicano y cuestión criminal en argentina*. Ed. del Puerto, B.s As, 2003
- MATHIESEN, T. “Diez razones para no construir más prisiones” en: *Nueva doctrina penal*, N°. 1, Ediciones Universidad, Bs. As, 2005
- \_\_\_\_\_ “La abolición: ¿un sueño imposible?” Trabajo presentado en la VIII Conferencia Internacional sobre Abolicionismo Penal, Traducción FERREYRA, L. Auckland, 1997.

MELOSSI, D.: "Changing representations of the criminal" *British Journal of Criminology*, N° 40, Traducción, GIORGI, A, Bs. As, 2000

\_\_\_\_\_ "Gazette of morality and social whip: punishment, hegemony and the case of the USA", *Social and Legal Studies*, Traducción, GIORGI, A, Bs. As, 1993

\_\_\_\_\_ *El Estado del Control Social*. Siglo XXI editores, S. A. México, 1998

MELOSSI, C- PAVARINI, M.: *Cárcel y Fábrica*, Ed Siglo XXI, México 2005

MENDEZ, N.: *Lo que hace 50 años sólo cabía en la imaginación de George Orwell* Ed. Universidad Central de Venezuela, 1998

\_\_\_\_\_ "Capitalismo y estado tecnorepresor en el umbral del siglo XXI" en - *Investigaciones de la Comunicación; N° 9, Instituto de Investigaciones de la Comunicación, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela* 1998

MENDOZA BUERGO B. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* Ed. Comares, Granada, 2001,

\_\_\_\_\_ : *El Derecho Penal en la ¿sociedad del riesgo?* Ed. Civitas, Madrid 2001

MEREU, I.: *Historia de la intolerancia en Europa*, Ed. Paidós, Bs. As. 2003

MEEPEROL, R.: "Cárceles privadas en Estados Unidos: un gran negocio", en *Noticias*, Ediciones Arboleda, Bs. As. 2013

MERTON, R.: "El conflicto social en torno a los estilos de la obra sociológica". *Revista de Ciencias Sociales*, Vol. V, No. 2, Traducción de GÓNZALEZ, R. Ed. RP 1961

MESSUTI, A: "Reflexiones sobre el pensamiento penal", en *Perspectivas criminológicas en el umbral del siglo*, Ed. Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 1998

\_\_\_\_\_ "Delito, pena, tiempo: una proporción imposible", en *Revista Ultima Ratio*, Lumen Juris Editora, San Pablo, 2006

\_\_\_\_\_ *El tiempo como pena*, Ed. Ediar, Bs. As, 2005

\_\_\_\_\_ *La justicia deconstruida*, Ed. Bellaterra, Barcelona, 2006

MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, Traducción MIGUEZ, M. Ed. Hamburabi, Bs. As, 1998

MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría de delito en el estado social y democrático de derecho*, II Edición. Ed Bosch. Barcelona, 1982

\_\_\_\_\_ *Manual de Derecho penal*, Ed. Promociones y Publicaciones universitarias, Barcelona, 1990

- MIZONI, A: *Los bloques económicos en evolución*, UAM, México, 1999
- MOLINS, F.: *El retorno de la edad media*, Ed. ABC Buenos Aires, 2001
- MONDINO, E.: “Las cárceles de Argentina” *Informe defensoría del pueblo de la Nación Argentina*, Ed PPA, Bs. As, 2012
- MORELL, A.: *La legitimación social de la pobreza* Ed. Anthropos, Barcelona, 2002
- MORLACHETTI, A.: *Crónicas desangeladas*, Ed. Fundación Pelota de Trapo, Bs. As. 2007
- MORRIS, N.: *El futuro de las prisiones*, México, Ed. Siglo XXI, 1989
- \_\_\_\_\_ *Los caballeros de Maconochie, Historia de la isla de Norfolk y las raíces de la moderna reforma penitenciaria*. Traducción de SANZ DELGADO, E, Inédito
- MOUFFE, CH.: *Crítica como intervención contrahegemónica*, Traducción de EXPÓSITO, M, Ed. Eudeba, Bs. As. 2006
- MUÑOZ CONDE F.: *Derecho Penal y Control Social*. Ed. Temis. Bogotá, 1999.
- \_\_\_\_\_ “La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito” en *Estudios Penales Libro homenaje al profesor Antón Oneca*, Ed. Universidad de Salamanca. 1982.
- \_\_\_\_\_ “Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau” en 1944. en *Revista Penal*, La Ley, N° 11, Madrid, 2003
- \_\_\_\_\_ *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. Ed Tirant Lo Blanch, Barcelona, 2003
- MURREY, CH.-HERRNESTEIN, R.J: *The Belle Curve. Intelligence and class structure in american life*. Ed. Simon & Schuster. New York, 1994
- NATHAN, S.: “Privatización de la prisión” en *Cárcel y Justicia penal en América Latina y el Caribe. Como implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. Ed. Siglo XXI, México, 2009
- NAVIA, P - ZIMMERMAN, M.: *Urbi et Orbi, en Las ciudades Latinoamericanas en el nuevo (des) orden mundial*; Ed. Siglo XXI, México, 2000
- NEGRI, T. – GUATTARI, F. *Las verdades nómadas. Por nuevos espacios de libertad*, Ed. Tercera Prensa, España, 1996
- NEUMAN, E.: *No a la Prisión*, Ed. Abeledo Perrot., Bs. As, 2000
- \_\_\_\_\_ “La prisión en tiempos del neoliberalismo” en *Vigencia de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Reforma Penal Internacional*, ILANUD Sociedad Cubana de Ciencias Penales. La Habana, 2008

- \_\_\_\_\_ *Prisión Abierta, una nueva experiencia penológica*. Ed Depalma. Bs. As. 1984
- \_\_\_\_\_ *Los que viven del delito y los otros*, Ed. Temis, Bogotá. 2005
- \_\_\_\_\_ *La evolución de la pena privativa de libertad y Regímenes Penitenciarios* Ed. Pannedille, Bs As. 1971
- \_\_\_\_\_ *Prologo a Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*. Cerutti-Rodriguez Ed. La Rocca, Bs. As, 2002,
- \_\_\_\_\_ *Mediación y Conciliación Penal*, Ed Depalma, Bs. As. 2005
- NEUMAN, E. – IRURZUN, V: *La sociedad carcelaria*, 4ta. reimpresión; Bs As, Editorial Depalma; 1984
- NIETO, C.A.: *Evolución de la pena privativa de libertad y la historia de las cárceles venezolanas*, Ed. Univer, Caracas, 2004
- NIETZSCHE, F.: *La gaya ciencia*, Ed. Akal, Madrid 1988
- \_\_\_\_\_ *Así habló Zaratustra*, Ed. Alianza, Madrid, 2002
- NINO, C.S.: *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Bs. As, 1984
- NUÑEZ, T.N.: “Constitución, sistema penal y configuración del otro cultural. Afectación al estado constitucional”. en *Suplemento de Derecho Público N° 43*, Ed. Ediar, Bs. As, 2006
- OLIVECRONA, K.: *Lenguaje jurídico y realidad*, Ed. Fontamara, México, 1992
- OLIVER OLMO, P.: *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el antiguo régimen y el estado liberal*, Univ. del País Vasco, 2000
- ORTIZ OCAMPO, R.E.: *La privatización de establecimientos penitenciarios en los estados unidos de Norteamérica, algunas implicaciones socioeconómicas*, Univ. De las Américas, Puebla, 2002
- ORTIZ ORELLANO, E.: “Michel Foucault, Sociedades Disciplinarias y de Control, Realidad Omnisciente”, en *Revista de Estudios Políticos*, Ed. UNAM, México, 2008
- \_\_\_\_\_ *Sociedades disciplinarias, actualidad omnisciente*, Ed. Siglo XXI, México 2003
- OLLEROS OZIN. A.: *La ilustración según Michel Foucault*, Univ. De Paraná, 1994
- ORWELL, G.: 1984, Ed. P. L Bs. As, 2000
- PAPONI, S.: “Cuerpo y Subjetivación en la biopolítica actual” en *Revista de la Facultad de Filosofía* de la UNCo, Córdoba, 2007
- PARMA, C.: *Derecho Penal Posmoderno*, Ed. Ara. Lima. Perú 2005

- \_\_\_\_\_ “Derecho penal del enemigo”, en *Libro de Ponencias Magistrales del XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología Octubre de 2005*, Ed. Ara Lima, 2005
- \_\_\_\_\_ *Temas de derecho procesal y penal*, Ed. Jurisprudencia, Mendoza, 1999
- \_\_\_\_\_ “La Pena Piadosa” en *Anuario de Investigaciones 2007*, Universidad Nacional de la Matanza, Departamento de Derecho y Ciencia Política, Bs. As 2007
- \_\_\_\_\_ *La víctima en el proceso penal*. Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003
- \_\_\_\_\_ *¿Vale la pena la pena? El trabajo en las cárceles como un medio o como un fin*. Universidad de Aconcagua, Mendoza, 2010
- PASUKANIS, E.: *Teoría general del derecho y marxismo*, traducción ZAPATERO, V. Ed. Labor, Barcelona 1976.
- PASTOR, D "El encarcelamiento preventivo" en VV AA., *El nuevo código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993
- PAVARINI, M.: *Economía del exceso y castigos excesivos*. Univ. de Bologna, 2005
- PEDEMONTE, A.: *Sociedad Disciplinaria*, Ed. Rayuela, Bs. As, 2000
- PEGORARO, J.: *Notas sobre el poder de castigar*. Foro Latinoamericano para la Seguridad Urbana y la Democracia, Ed. Flasud, México, 1997
- PELLUZ ROBLES, L. C.: “El tercer grado penitenciario” en *Artículos de Derecho Procesal Penal*. Madrid, 1999
- PERÉZ, V.: *El eterno retorno nietzscheano*, Ed. UBA, Bs. As, 2007
- PEREZ DEL VALLE, C.: *Estudios sobre los fundamentos del derecho penal*. Colección cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Ed Dickinson, Madrid, 2007
- PEREZ FERNANDEZ, E- REDONDO ILLESCAS: “Efectos psicológicos de la estancia en prisión”, en *Papeles del Psicólogo*, N° 48, Ed. Consejo General de Colegios de Psicólogos de España, Madrid, 1991
- PINEDA REYES, R.: *Postmodernidad, retrato en blanco y negro*. Guatemala, 2005.
- PINTO QUINTANILLA, J.C.: *Cárceles y familia* Ed. Dikaiona. La Paz 1999
- PLOMIN, R-DE FRIES, J-MC. CLEARN, G-MC.GUFFIN.P.: *Genética de la conducta*, Ed. Ariel, Barcelona, 2001
- PRADO, C.: “Dos concepciones del castigo en torno a Marx” en *Mitologías y discursos del castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2004
- PROLEÓN PONCE, G.J.: *Penas privativas de la libertad y sistemas penitenciarios*, Ed. UNG, México, 2005

- QUILES, O.L: *Fundamentos y retos de educación social informal desde el análisis crítico de los medios de comunicación*, Ed. Universidad de Granada, 2004
- RABINOW, P.: *The Foucault Reader*, Pantheon Books, California, 1984
- RADBRUCH, G.: *El Hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho*. Traducción de DEL CAMPO, E. Ed. Depalma Bs. As 1980
- RAMIREZ MONCAYO A.F *En búsqueda de una teoría general del derecho canónico*, Ed. Pontifica Universidad Javeriana, Bogotá, 2000
- RAMOS VÁZQUEZ, I.: “Cárceles públicas y privadas en el Derecho medieval y castellano. El delito de las cárceles particulares” en *Revista de estudios históricos y jurídicos*. Madrid, 2006
- REQUENA HIDALGO, J.: “De la Sociedad Disciplinaria a la sociedad de control. La incorporación de nuevas tecnologías a la policía”, en *Scripta Nova*, Universidad de Barcelona, 2004
- RETAMAL. C.: “*La globalización en el contexto de la modernidad tardía*”, en *Revista de Observaciones Filosóficas*, Chile, 2006
- RICO, J.M: *Justicia penal y transición democrática en Latinoamérica*, Ed. Siglo XXI, México, 2000
- RIQUERT, M. E. –JIMÉNEZ. E.: *Teoría de la Pena y Derechos Humanos*, Ed. Ediar, Bs. As 1998
- RIQUERT. F– PALACIOS, L.: “El derecho penal del enemigo o las excepciones permanentes”, en *Revista Univesitaria* Ed. La Ley. Bs. As, 2003
- RIOS MARTIN, J.C –CABRERA CABRERA, P.: *Mirando el abismo: el régimen cerrado*. Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002
- RÍOS MARTIN, J.C - CABRERA CABRERA, P- SEGOVIA BERNABÉ, J.L- GALLEGO DÍAZ. M: *Andar un kilómetro en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*. Ed. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010
- RIVACOBBA y RIVACOBBA, M.: *Elementos de Criminología*. Ed. Edeval, Valparaíso, 1982
- RIVAS, A.: “La industria del miedo o el falso dilema entre seguridad y libertad”, Madrid, 2007
- RIVERA BEIRAS, I.: *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*. Coordinador: RIVERA BEIRAS, I. Ed Bosch. Barcelona 1995

- \_\_\_\_\_. *Política criminal y sistema penal: Viejas y nuevas racionalidades*, Ed. Anthropos, Barcelona 2005,
- \_\_\_\_\_. *La cuestión carcelaria*, Ed. Del Puerto BsAs, 2006,
- \_\_\_\_\_. *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades*, Ed. Anthropos, Barcelona 2004
- \_\_\_\_\_. “La cárcel y el sistema penal en España” en *Sistema penal y problemas sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003
- RIVERA BEIRAS, I-ALMEDA, E.: *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas* Ed. Anthropos Barcelona, 2005
- RIVERA BEIRAS, I- MACHADO AMARAL B.: *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Ed. Antrophos, Barcelona, 2004
- ROBINSON, W. I.: “La globalización capitalista y la transnacionalización del Estado” en *Revista de Economía, Sociedad y Cultura*. México, 2000
- ROCES W.: *Marx y Engeles, Obras fundamentales*, Ed. FCE, México, 2000
- RODRIGUEZ, E.: *Un depósito para los desechos*, Ed. Librerus, Bs. As 2005
- RODRIGUEZ, J.: *Las sociedades del miedo*, Ed. Depalma, Bs As, 2003
- RODRIGUEZ, P.E.: *Qué son las sociedades de control*, Ed. Colihue, Bs. As, 2006
- RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, J.: *La detención preventiva y los derechos humanos* en *Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1981
- RODRIGUEZ GÓMEZ E.: “La idea del derecho en la filosofía de Gustav Radbruch”, en *VVAA Revista de Filosofía, Derecho y Política*. Nº 6, Lima, 2007
- RODRIGUEZ MAGARIÑOS. F.G.: *Historia de las prisiones*, Madrid, 2002
- RODRIGUEZ MANZANERA, L.: *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, Ed. Porrúa, México, 1999
- ROGERS, C.: *Teoría educativa*, Ed. Porrúa, México, 1998
- ROMAGNOSI, G.: *La génesis del derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1956
- ROMERO, C.: *La prisión Preventiva en un Estado de Derecho*, Ed. Ad. Hoc, Bs. As, 2001
- ROSALES, E.: “Sistema penal y estado constitucional en Venezuela”, en *Capítulo Criminológico*, Ed. Instituto de Ciencias penales, Maracaibo, Vol. 33, 2005
- ROUSSEAU, J.J.: *El contrato social*, Ed. Mestas. Madrid, 2001
- ROXIN, C.: *Derecho Penal Parte General*, Traducción. LUZÓN PEÑA, D; DÍAZ, M. T. I Civitas, Madrid, 1997



- \_\_\_\_\_. “Sentido y Límites de la Pena Estatal” en *Problemas básicos de Derecho Penal*. Traducido por LUZÓN PEÑA, D. Ed. Reus, Madrid, 1976
- RUIZ ORTÍZ, S.: “Evolución histórica de la criminología” en *Cuadernos de criminología*, Madrid, 1998
- RUSCHE, G – KIRCHHEIMER O.: *Pena y estructura social*, Ed. Temis, Bogotá, 2004.
- SABATO, E.: *Antes del fin*. Ed. Booket. Bs. As 2005
- SALADO OSUNA, A.: “Panorama Internacional. Derecho Internacional”, en VV.AA. *Federación Iberoamericana de Ombudsman Sistema penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos*. Madrid, 2007
- SALINAS P.: *La Crisis de los Sistemas Penitenciarios. Cárcel de Mendoza. Paradigma de un atropello*. Ed. APPDH, La Plata, 2005
- SANCHA MATA, V- GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Psicología social y penitenciaria*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989
- \_\_\_\_\_.: “Tratamiento psicológico penitenciario” en *Papeles del Psicólogo, Revista del Colegio Oficial de Psicólogos, N° 30*, Madrid, 1987
- SÁNCHEZ ALVAREZ, P.: Régimen FIES: Incidencia de la sentencia del Tribunal Supremo de 11/03/09.
- SÁNCHEZ BRAVO, E.: *Diario de lecturas*, Madrid, 2009
- SANDOVAL HUERTAS, E.: *Penología*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 1998
- SÁNCHEZ ROMERO, C.: *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, Centro de Información y Jurisprudencia, Costa Rica, 2003
- SÁENZ de LACUESTA, U.: *La ciudad amurallada del siglo XXI*, Univ. del País Vasco, 2008
- SANPEDRO, J. A.: “La cárcel hoy y mañana en Chile, Colombia, España y Perú”; en *Jornada Criminológica- Penitenciaria* San Sebastián, Marzo 1998
- SANTAMARTA FLOREZ, J.: *La sociedad de Consumo*, Madrid, 2005
- SANTIAGO, G.: *Intensidades Filosóficas*, Ed. Paidós, Bs. As, 2007
- SANZ DELGADO, E.: "Los derechos humanos en el interior de la prisión en los albores del s. XXI" Conferencia pronunciada en la Semana Conmemorativa de los Derechos Humanos, Monterrey, México, 2007, Inédita.
- \_\_\_\_\_. *El Humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Ed Edisofer, Madrid, 2003

\_\_\_\_\_ *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria* Ed Edisofer, Madrid, 2000

\_\_\_\_\_ “Las prisiones privadas. Una solución insatisfactoria al problema penitenciario” En *El rapto de Europa* N° 11, Madrid, 2007

SAPERAS, E.: *Los efectos cognitivos de la comunicación de masas*, Ed. Ariel, Barcelona 2004

SCHENQUER, L.: *Reseña crítica: Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*. Ed. Paidós: Bs. As, 2004

SEGOVIA BERNABÉ, J.L.: “La Seguridad Ciudadana y las víctimas. Pistas para humanizar el sistema penal” en *Gobernabilidad y seguridad sostenible*, N°. 12, 2003

SELLERS, M.: *The history and politics of private prisons*. U.S Associated University Press. 1993

SERRA, M. F.: *La cuestión social aislada. Notas sobre las prácticas de encierro en el abordaje de lo social*. Ed. Colifata, Bs. As, 2001

SIERRA, H.M.- CANTARO, A.A.: *Lecciones de derecho penal*. Ed. Ediuns, Bahía Blanca, 2005

SILVA SÁNCHEZ, J.: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992

SMIK, V.: *Brasil y las cárceles privadas*, Ed. Universidad de Minas Gerais, 2010

SUTHERLAND, E.: *Principios de criminología*, Traducción MOLINATI, E. Chicago, University of Chicago press 1998

SOZZO, M.: “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo, “prisión- depósito” en la argentina” en *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N°1, Quito, 2007

SZAJNBERG, D.: *Guetos de ricos en Buenos Aires*. Ed. AZ, Buenos Aires, 2000

TEDESCO, I.: *El castigo como una compleja institución social. El pensamiento de David Garland*, Dpto. de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho UBA

TELLECHEA ÍDIGORAS, J.I.: *Las cárceles inquisitoriales*, Historia XVI; Ed. G. C, Madrid, 1978

TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Las nuevas reglas penitenciarias europeas del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Ed Edisofer, Madrid, 2006

TERAN, O.: *Discurso, poder y subjetivación*, Ed. Luz Bs. As, 1995

TERRAGNI, M. A.: *Estudios sobre la parte general del derecho penal*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2000

- TICAS, P.: *Pena y delito en menores infractores*, El Salvador, 2005
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969
- TONKONOF, S.: *Sociedades de control y nuevas subjetividades*, Bs. As, 2005. Inédito
- UNESCO *Globalización y Diversidad Cultural*, Nueva York 1998
- VACANI, P.A.: *Cómo pensar la resocialización, aproximaciones y propuestas para su deslegitimación e invalidación judicial*, Ed. Ediar, Bs. AS, 2006
- VALVERDE, A.: *Criminología: Tratamiento en el sistema penitenciario*, Ed. Gaval, Caracas, 1999
- VALVERDE MOLINA, J.: “Retos penitenciarios al final del siglo XX”, *Eguzkilore*, Número Extraordinario 12. San Sebastián Diciembre 1998
- \_\_\_\_\_ *La cárcel y sus consecuencias*, Ed. Popular, Madrid, 1999
- VAZQUEZ MEDEL, M.A.: “El proceso de subjetivación en la crisis de la modernidad”, en *Identidad y Alteridad*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994
- VAZQUEZ ROSSI, J.: *Derecho Procesal Penal. La realización penal*. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As, 1998
- VELÁSQUEZ, A.: “El entredicho en la correspondencia entre socialización y subjetivación: el problema de la indeterminación de las identidades individuales”, en *Comunicación y Sociología de la cultura*, Ed Cuyo, Mendoza 2005
- VELTMEYER A- PETRAS, J.: *El Imperialismo en el Siglo XXI. La globalización desenmascarada*, Colección América Latina y el nuevo orden mundial. Ed. Porrúa, México, 2003
- VERDÚ, M.: “Vid. Represión en democracia. De la “primavera alfonsinista” al gobierno “de los derechos humanos””, Ed Herramienta, Bs. As, 2009
- VIDAL BOTA, J.: “La dignidad humana y sus implicaciones éticas”. *Eguzkilore*, Número Extraordinario 12. San Sebastián, 1998
- VILORIO DE LA FUENTE, J.C.: *Métodos de la Criminología*, Ed. Ad- Hoc, Bs. As, 2005
- VILORO, L.: *El sentido de la historia en las Ciencias Sociales*. Ed. UNAM México, 2001
- VILLARES FALCÓN, R.: *Crisis del sistema penitenciario*, Universidad de La Habana, La Habana, 2009

- VIRILIO, P.: *Ciudad pánico. El afuera empieza aquí*. Ed. Libros del Zorzal, Bs. As, 2006.
- VITALE, G- GARCÍA, N.: “El arresto del art. 18 de la Constitución Nacional, no justifica la llamada prisión preventiva”, en *I Congreso Federal de Justicia Penal*, Bs. As 2003
- VIZQUEZ, K.: “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Criminal*, N° 3, Santiago de Chile, 2007
- Von HENTIG, H.: *La pena, las formas modernas de aparición*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1968
- \_\_\_\_\_ *El delito*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1971
- Von HIRSCH A.: *Censurar y castigar*, Traducción de LARRAURI, E. Ed. Trotta, Madrid, 1998
- Von LISTZ F.: *La idea del fin en el Derecho Penal*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1994
- \_\_\_\_\_ *Tratado de Derecho penal*. Tomo. III, Traducción de JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1917
- WACQUANT, L.: *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, Bs. As 2004
- \_\_\_\_\_ “La tolerancia cero estilo americano provocará una catástrofe social en Brasil”, entrevista publicada en Diario O’ Globo Brasil, 2005
- WELZEL, H. *Manual de derecho penal. Parte general*, Traducción de FONTAN BALESTRA, C. Ed. Depalma. Bs. As, 1956
- ZAFFARONI, E.R: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Ediar, 1989
- \_\_\_\_\_ “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”. *Teorías Actuales de Derecho Penal*. Ad-Hoc Bs. As 1998
- \_\_\_\_\_ *En busca de las penas perdidas*. Ed. Ediar Bs. As 1989
- \_\_\_\_\_ *El enemigo en el derecho penal*. Ed. Ediar, Bs. As, 2006
- \_\_\_\_\_ “La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)” en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* N° 3, Ed. Fabián Di Plácido, Bs. As., 2003
- ZAFFARONI, E. R, ALIAGA, A, SLOKAR, A.: *Derecho Penal. Parte general* Ed Ediar Bs. AS 2000
- ZANOLLI, F.: “Michel Foucault, la historia social y el materialismo histórico” en *Filosofía del siglo XX*, Ed. Univ. de Colima, México, 2010

ZAVALA, A.: *La prisión preventiva y la libertad provisoria*, Ed. Arsayu, Bs. As. 1954

ZIMMERMAN, S.: *Las sociedades del miedo*, Ed. Ediar, Bs. As 2006

ZYSMAN QUIRÓS, D.: *Justificación del castigo e inflación penal*, Universidad de Palermo, Bs. As. 2010

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L.: “Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes” en: *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos: XXII Cursos de verano en San Sebastián, XV cursos Europeos, UPV/EHU*. Ararteko. Sevilla, 2003

\_\_\_\_\_ “El tratamiento penitenciario” en BERGUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I-ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. (Coord) *Manual de Derecho Penitenciario*, Ed. Colex, Madrid, 2001

\_\_\_\_\_ “Política criminal y prevención del delito: el deplorable restablecimiento de la pena de prisión en España o la construcción social del delincuente/enemigo” en *Revista de la Justicia Penal*. N° 4, Santiago de Chile, 2009

\_\_\_\_\_ *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid 2001

\_\_\_\_\_ :”Sobre la resocialización de los presos terroristas” en *Jueces para la Democracia*, N° 35, Madrid, 1999

## FUENTES EN INTERNET

-Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados

<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1966.pdf>

-Amnistía Internacional

<http://thereport.amnesty.org/esl/regions/europe-and-central-asia/spain>

Informe para Argentina, 2012

<http://www.amnesty.org/es/region/argentina?page=2>

-Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía

[http://www.apdha.org/index.php?Itemid=63&id=350&option=com\\_content&task=view](http://www.apdha.org/index.php?Itemid=63&id=350&option=com_content&task=view)

[http://www.apdha.org/index.php?option=com\\_search&Itemid=99999999&searchword=tratos&searchphrase=any&ordering=newest&limit=25&limitstart=0](http://www.apdha.org/index.php?option=com_search&Itemid=99999999&searchword=tratos&searchphrase=any&ordering=newest&limit=25&limitstart=0)

-Centro de Estudios Legales y Sociales

MARQUEZ I.: “El caso Verbistky”

[www.cels.org.ar/caso\\_verb\(098201p000=0](http://www.cels.org.ar/caso_verb(098201p000=0)

MOSCATO, C.: “Los Derechos de las personas privadas de libertad. Jurisprudencia”.

[www.cels.org.ar/moscato-909655-juris](http://www.cels.org.ar/moscato-909655-juris)

*-Colegio de Abogados de Pamplona*

<http://www.derechopenitenciario.com/noticias/noticia.asp?id=1621>

<http://www.derechopenitenciario.com/noticias/noticia.asp?id=1613>

*-Comisión Andina de Juristas*

<http://www.cajpe.org.pe/publicaciones2008.html>

*-Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes Informe para España 2011*

<http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2013-08-inf-esp.pdf>, pg. 3

<http://www.ub.edu/ospdh/imagenes/INFORME%20CPT%20EUROPEO%202013.pdf>

*-Comunidad de Cataluña*

[http://www.genecat.net\(justicia/doc/doc\\_5142764](http://www.genecat.net(justicia/doc/doc_5142764)

*-Confederación Nacional del Trabajo, de España*

GARCIA, L.: “Desde el otro lado del muro. El CIRE en Catalunya”,

<http://malaga.cnt.es/spip.php?article405>

*-Corte Suprema de la Nación Argentina*

<http://www.csjn.gov.ar/>

*-Corte Interamericana de Derechos Humanos*

“Caso Bueno Alves c/ Argentina, Sentencia 11 de Mayo de 2007”

<http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>

*-Defensoría del Pueblo (Argentina)*

Informe defensor del pueblo 2011-2012

<http://www.eldefensordelpueblo.gov.ar/archivos/INFORME%20ANUAL%202011.2012.pdf>

*-Diario: El Clarín Argentina (versión digital)*

“La masacre de Santiago”

<http://www.clarin.com/diario/2007/11/05/um/m-01534003.htm>

“Las cárceles mendocinas sin cambios”

<http://www.servicios.clarin.com/notas/jsp/clarin/v8/notas/imprimir.jsp?pagid=1363039>

“Situación insostenible en las cárceles mendocinas”

<http://www.clarin.com/diario/2007/02/14/policiales/g-05001.htm>

<http://www.clarin.com/suplementos/zona/2005/08/21/z-03215.htm>

-*Diario El Mundo (versión digital)*

<http://www.elmundo.es/elmundo/2007/11/01/internacional/1193934291.html>

-*Diario el País de España (versión digital)*

“El caso Menzes”

[http://www.elpais.com/articulo/internacional/Policias/implicados/caso/Menezes/involucrados/operacion/causo/muerto/elpepuint/20061102elpepuint\\_7/Tes](http://www.elpais.com/articulo/internacional/Policias/implicados/caso/Menezes/involucrados/operacion/causo/muerto/elpepuint/20061102elpepuint_7/Tes)

ORTEGA, A.: “Inversión con futuro: en cárceles privadas”

[http://elpais.com/diario/2006/12/18/internacional/1166396412\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2006/12/18/internacional/1166396412_850215.html)

-*Diario: El Tiempo de Hoy (versión digital)*

[http://www.tiempodehoy.com/default.asp?idpublicacio\\_PK=50&idioma=CAS&idnoticia\\_PK=47300&idseccion\\_PK=612&h=](http://www.tiempodehoy.com/default.asp?idpublicacio_PK=50&idioma=CAS&idnoticia_PK=47300&idseccion_PK=612&h=)

-*Diario: USA Today (versión digital)*

CAULEY L.: “NSA has massive database of Americans’ phone calls” en USA Today, 1

[http://www.usatoday.com/news/washington/2006-05-10.nsa\\_x.htm](http://www.usatoday.com/news/washington/2006-05-10.nsa_x.htm)

-*Diario Los Andes (versión digital)*

“Revuelta de presos complica la situación de las cárceles en Mendoza”

<http://losandes.com.ar/notas/2012/1/10/revueltas-presos-complican-situacion-carceles-mendoza-617503.asp>

-*Diario: The Guardian (version digital)*

BUNIYAN T.: “The surveillance society is an EU –wid issue”.

<http://www.theguardian.con.ku.commentisfree/liberycentral/2009/may/28/eu-view-surveillance-society>

-*Equipo Nizkor*

<http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/act.html>

-*El periódico de Catalunya*

[http://www.elperiodico.com/default.asp?idpublicacio\\_PK=46&idioma=CAS&idnoticia\\_PK=456222&idseccio\\_PK=1007](http://www.elperiodico.com/default.asp?idpublicacio_PK=46&idioma=CAS&idnoticia_PK=456222&idseccio_PK=1007)

*-Gobierno Digital*

<http://www.gobiernodigital.org.ar/>

“Llega la videovigilancia digital a la Argentina”

“Cámaras de seguridad: las dudas de un gasto millonario”

*-Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*

SEGOVIA BERNABÉ, J.L: “Consecuencias de la prisionización”

[http://www.icam.es/docs/ficheros/200404130003\\_6\\_7.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/200404130003_6_7.pdf) pg. 6

*-Interpol*

“Base de datos genéticos de interpol”

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/PressReleases/PR2005/PR200550es.asp>

*-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dirección Nacional de Política Criminal. Subsecretaría de Política Criminal. Sistema Nacional de Estadística sobre ejecución de la Pena*

<http://www.polcrim.jus.gov.ar/Sneep/Año%202005/SneepSPF2005.pdf>

*-Ministerio del interior de España*

[http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas\\_mensuales/2008/06/poblacion\\_reclusa\\_por\\_situacion\\_procesal\\_ysexo.html](http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas_mensuales/2008/06/poblacion_reclusa_por_situacion_procesal_ysexo.html)

*-Noticias Jurídicas*

[http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lo1-1979.t2.html#c4](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo1-1979.t2.html#c4)

*-Organización de las Naciones Unidas*

<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

*-Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*

[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm)

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp34\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp34_sp.htm)

[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp36\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp36_sp.htm)

[http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h\\_comp34\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h_comp34_sp.htm)

*-Organización de los Estado Americanos*

<http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-51.html>

*-Organización Internacional para las Migraciones*

<http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/3>

*-Ministerio del interior de España. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*

<http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Normativa/>



[http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas\\_Semanales/2008/32/situacion\\_por\\_comunidad.html](http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas_Semanales/2008/32/situacion_por_comunidad.html)

[http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas\\_mensuales/2008/04/delitos\\_hombres\\_LeyOrganica.html](http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas_mensuales/2008/04/delitos_hombres_LeyOrganica.html)

*-Pensamiento crítico*

-FERRAJOLI, L.: “La lucha contra la tortura: una batalla de la razón” Traducción de PISARELLO G. intervención en la presentación del libro *Privación de la libertad y derechos humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional en el Estado español*, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona, 2008

[www.pensamientocritico.ferrajoli89087-198\\_tortura/90.1](http://www.pensamientocritico.ferrajoli89087-198_tortura/90.1)

*-Procuración Penitenciaria Nacional (Argentina)*

[http://ppn.gov.ar.nwd-online.com.ar/system/contenido.php?id\\_cat=220](http://ppn.gov.ar.nwd-online.com.ar/system/contenido.php?id_cat=220)

*-Revista Electrónica Criminet*

SOTO NAVARRO, S.: “La influencia de los medios de comunicación en la percepción social de la delincuencia”

<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>

MAPELLI CAFFARENA, B.: “Una nueva versión de las normas penitenciarias”

<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>

*-Revista electrónica de Derecho Penal*

MESSUTI, A.: “Derecho penal y derechos humanos. Los círculos hermenéuticos de la pena”

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,86,0,0,1,0>

PIRES, Á.: “Opciones al derecho penal”

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=28,136,0,0,1,0>

RODRIGUEZ, C. G.: “Actuales Tendencias del Derecho Penal, del garantismo al derecho penal”

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,407,0,0,1,0>

*-Revista electrónica Ilustrados*

AYLLÓN DULANTO, F.: “Procedimientos jurídicos del tribunal de la inquisición”

<http://www.ilustrados.com/tema/2745/Procedimientos-juridicos-Tribunal-Inquisicion.html>

*-Revista electrónica, pensamiento penal*

PELAEZ, V.: “La industria en las cárceles de EE. UU: ¿un gran negocio o una nueva forma de esclavitud?

[web:http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=article&catid=87%3Ainformes&id=1679%3AAla-industria-en-las-carceles-de-eeuu-iun-gran-negocio-o-una-nueva-forma-de-esclavitud&option=com\\_content&Itemid=10](http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?view=article&catid=87%3Ainformes&id=1679%3AAla-industria-en-las-carceles-de-eeuu-iun-gran-negocio-o-una-nueva-forma-de-esclavitud&option=com_content&Itemid=10)

*-Secretaría del Tribunal Europeo para los Derechos Humanos*

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>

*-Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

“Caso Irlanda c/ Reino Unid 18 de Enero de 1978”.

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288776153228/MuestraInformacion.html>

*-Universidad londinense King's College London. International Centre for Prison Studies*

“Estadísticas penitenciarias mundiales”

<http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps>

*-Otros sitios*

<http://www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2009/10/STS-SOBRE-EL-RÉGIMEN-FIES-ESPAÑOL-Pilar-Sánchez.doc>

<http://www.xornalgalicia.com/index.php?name=News&file=article&sid=30565>

<http://www.sindominio.net/laboratorio/documentos/fulkro/control.htm>

*-Página web Dr. Marco Antonio Terragni*

Entrevista de Cecilia Toro a Laura Zúñiga Rodríguez:

[http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/toro\\_laura.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/toro_laura.htm)

*-Le monde diplomatique*

LOZADA, M “Horror en las cárceles argentinas” en

<http://www.insumisos.com/diplo/NODE/570.HTM>

## **Hemeroteca**

-*Diario Le Monde*, 26/11/2006, París, “La tentación del fichaje genético en masa”  
Traducción de Chantal Devouge

-*Diario, El Clarín*, 13/05/2005, Buenos Aires, “El Motín de Coronda. Una tragedia más del sistema”

BARBANO, R.: “Tecnología contra el delito” en *Diario el Clarin*.

-*Diario La Prensa*, 05/09/ 2005. DAVIS, A. Y.: “Racismo enmascarado: Reflexiones sobre el complejo industrial de prisiones”

-*Diario la Jornada*. México, 21/12/2010. BROOKS, D.: “Arizona, la xenofobia de estado y el negocio de encarcelar inmigrantes”

- *Diario O’ Globo Brasil*, 21/12/2005. WACQUANT, L.: “La tolerancia cero estilo americano provocará una catástrofe social en Brasil”

## **Referencia a Jurisprudencia utilizada**

-STS 11 de Marzo de 2009 (RJ 2009-703)

-STC 120/1990 (RTC 1990/120)

-STC 137/1990 (RTC 1990/137)

-SAB 27 de Junio de 2013 Sección Quinta causa N° 73/2011

-AJVP de Madrid N° 3 de 14/07/1995

-AJVP de Madrid N° 3 de 10/08/1995

-AJVP de Granada de 31/07/1995

-SCIDH 12 de Noviembre de 1997 caso “Suárez Rosero”

-SCIDH 22 de Noviembre de 2004 caso “Cárceles de Mendoza”

-SCIDH 11 de Mayo de 2007 caso “Bueno Alves c/ Argentina”

-SCIDH 2 de septiembre de 2004 caso “Instituto de Reeducción del Menor c/ Paraguay”

-SCS s/ Habeas Corpus Colectivo, Expte. 1235/ 20 de Diciembre de 2004

-STEDH 25 de Abril de 1982, “Tyrer c/ Reino Unido”,

-STEDH 18 de Enero de 1978, “Irlanda c/ Reino Unido”

-STEDH 4 de Febrero de 2003, “Van der Ven c/ Países Bajos”

-STEDH 25 de Septiembre de 2006, “Bernard c/ Francia”

-STEDH 16 de Octubre de 2012, “Otamendi Eguiguren c/ España”

-TCP Provincia de Bs. As. 21 de Enero de 2001 “Constitucionalidad de la ley nº 24390”.

.